This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

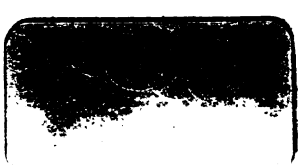
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

K4223
Econ 474.1.5

Harvard College Library

BOUGHT WITH GIFTS RECEIVED
THROUGH THE COMMITTEE
APPOINTED BY THE BOARD
OF OVERSEERS TO VISIT THE
DEPARTMENT OF ECONOMICS



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

0

Nationalökonomisch-civilistische

Studien

von

H. Dankwardt,
Advocaten zu Rostock.

Mit einem Vorworte

von

Wilhelm Roscher.

Leipzig und Heidelberg.
C. F. Winter'sche Verlagshandlung.
1862.

Digitized by Google

Econ 474.1.5

HARVARD COLLEGE LIBRARY
GIFT OF THE
OVERSEERS COMMITTEE
TO VISIT THE
DEPARTMENT OF ECONOMICS
Jan 20, 1930

Es iſt ein alter Wunſch, der, wer weiß, wie ſpät, einmal in Erfüllung gehen wird: daß man doch einmal ſtatt der endloſen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Geſetze, ihre Principien aufſuchen möge; denn darin kann allein das Geheimniß beſtehen, die Geſetzgebung, wie man ſagt, zu ſimpliſiciren.

Kant.

Digitized by Google

Vorwort.

Wie die früheren Schriften, womit der geistvolle Verfasser einen neuen Schacht in das Bergwerk der Wissenschaft getrieben hat, so ist auch die vorliegende bestimmt, zwischen Volkswirthschaftslehre und Jurisprudenz eine gegenseitig befruchtende Verbindung einzuleiten. Indem ich nun, auf den übereinstimmenden Wunsch des Verfassers und Verlegers, eine Vorrede zu diesem Buche schreibe, will ich mich keineswegs mit allen Einzelheiten seines reichen und mannichfaltigen Inhalts einverstanden erklären. Ueber eine Menge rein civilistischer Fragen enthalte ich mich jeden Urtheils; und von dem Tadel, welchen der Verfasser gegen die bisherige Behandlung der Rechtsgeschichte ausspricht, wird Er selbst gewiß manche Ausnahme zugeben: ich erinnere nur an die vortrefflichen, unserem Verfasser in mehr als einer Hinsicht verwandten Arbeiten von Arnold.

Dagegen möchte ich im Folgenden einige anspruchs-

Digitized by Google

lose Betrachtungen anstellen über das gegenseitige Verhältniß von Nationalökonomik und Rechtswissenschaft, zumal über den Nutzen, den sie einander gewähren können. Dabei setze ich freilich die Hauptsache als bekannt voraus, daß keine Seite des Volkslebens erschöpfend kann verstanden werden ohne Verständniß des Ganzen, und das Ganze nicht ohne Kenntniß aller einzelnen Hauptseiten.

Recht und Wirthschaft sind zwei gleich ursprüngliche, gleich nothwendige, dem innersten Kerne der menschlichen Natur (insbesondere auch der Sittlichkeit, dem Gewissen,) gleich nahe Lebensgebiete. Und zwar sind die Gegenstände, welche von der Rechts- und von der Wirthschaftslehre behandelt werden, fast durchaus dieselben. Jener Verkehr der Menschen durch gegenseitige Leistungen, worauf die Wirthschaft die Befriedigung ihrer Bedürfnisse gründet, ist auch der Schauplatz und Anlaß der zahllosen Streitigkeiten, welche das Recht entweder zu verhüten oder zu schlichten sucht. Wie fast jedes Kapitel der vorzugsweise sogenannten Nationalökonomik im Civilrecht seine Parallele hat, so fast jede Lehre der Finanzwissenschaft ihre Parallele im Staatsrecht. Freilich wird derselbe Gegenstand von Rechts- und Wirthschaftslehre aus sehr verschiedenen Gesichtspunkten angesehen. Für die wirthschaftliche Auffassung ist immer die Rücksicht auf das menschliche Verkehrsbedürfniß Hauptsache, für die juristische Auffassung das „Mißfallen am

Digitized by Google

Streit" (Herbart). Hierdurch erklärt sich der scheinbare Widerspruch, der zwischen so mancher juristischen und volkswirthschaftlichen Definition desselben Begriffes obwaltet, und worauf der Unterricht, um den Zuhörer nicht zu verwirren, ernstliche Rücksicht nehmen muß.

So gilt im Lehnrechte bekanntlich der Lehnsherr als Eigenthümer des Lehngutes; der Vasall hat nur ein dingliches Recht daran. Beneficium ita datur, ut proprietas quidem rei immobilis penes dantem remaneat, ususfructus vero illius rei ad accipientem transeat. (II. Feud. 23, 2.) Umgekehrt ist für den Nationalökonomen der Vasall die bei Weitem wichtigere Person, wenigstens seit dem Erblichwerden der Lehngüter. Der Vasall befriedigt aus dem Lehngute unendlich viel mehr und regelmäßig wichtigere Bedürfnisse, als der Lehnsherr; so hängt auch die Befriedigung der Volksbedürfnisse im Allgemeinen viel mehr von der richtigen Benutzungsart des vasallischen, als des lehnsherrlichen Rechtes ab. Gleichwohl hat der juristische Standpunkt auf der entgegengesetzten Seite noch immer seine praktische Bedeutung: nämlich für gewisse Streitfälle, wo es darauf ankommt, daß einer Partei, dem Eigenthümer, alle denkbaren Rechte am Lehngute zustehen, welche dem andern Theile nicht ausdrücklich zugewiesen sind. Von großer Wichtigkeit z. B. nach dem Aussterben der Vasallenfamilie! Daß nun dieses principale Recht eben dem Lehnsherrn zusteht, kann geschichtlich aus dem Ursprunge des Lehnwesens gar leicht erklärt

Digitized by Google

werden; ebenso leicht, wie heutzutage das umgekehrte (nationalökonomische) Verfahren bei der Auflösung des ganzen Verhältnisses, wo die Allodificationsgesetze nicht dem Lehnsherrn gestatten, seinen Vasallen hinauszuzahlen, sondern umgekehrt. — Wo die volkswirthschaftliche und juristische Auffassung scheinbar mit einander streiten, da findet man eben regelmäßig, daß jene die jüngere ist: sehr natürlich, weil der Jurist durch seinen Beruf vorzugsweise auf die Auslegung von Gesetzen, Verträgen ꝛc., also auf die Vergangenheit gewiesen ist, der Nationalökonom auf die Erkenntniß und Befriedigung von Bedürfnissen, d. h. auf Gegenwart und Zukunft.

So spielt in der juristischen Begriffserklärung des Papiergeldes eine Hauptrolle der Zwangscurs desselben, der allerdings für den Augenblick jeden Streit über Annahme oder Nichtannahme beendigt. „Ein Papier, welches derjenige, der auf Geld ein Recht hat, nicht nehmen muß, sondern zurückweisen darf, ist kein Papiergeld; das Papiergeld hat seinem Begriffe nach einen Zwangscurs.“ (Thöl, Handelsrecht, I., §. 51.) Der nationalökonomischen Auffassung steht das bleibende und allgemeine Bedürfniß der Circulation im Vordergrunde, also die stete Einlösbarkeit des Papiergeldes mit selbständigen Werthen, (nicht bloß Creditwerthen!) Ihr ist ein Zwangscurs, der wirklich als solcher geltend gemacht werden muß, eine Krankheit des Papiergeldes. — Dieß führt auf einen tieferliegenden Unterschied der beiden Auffassungsweisen. Der Jurist

Digitized by Google

als solcher hat jedes rechtmäßige Gesetz, auch wenn er dessen Inhalt mißbilligt, principgetreu auszulegen und auf alle Streitfragen, welche darunter gehören, anzuwenden. Von seiner Seite würde jede Kritik des Gesetzes, die nicht etwa bloß auf dessen Einklang oder Widerspruch mit anderen Gesetzen ginge, schon ein Verlassen des rein juristischen Standpunktes sein, eine Hereinziehung politischer, nationalökonomischer ꝛc. Gesichtspunkte. Der Nationalökonom hingegen, der immer an das Bedürfniß der verkehrenden Menschen denkt, kann als solcher gar nicht umhin, jedes von ihm behandelte Gesetz darauf anzusehen, ob es wirklich diesem Bedürfnisse entspricht.

Am auffallendsten zeigt sich, wie schon A. F. Riedel bemerkt hat, der scheinbare Gegensatz beider Anschauungsweisen beim Kapitaldarlehn. Der Jurist muß hier, um des Friedens willen, einen wesentlichen Unterschied machen zwischen der Verleihung fungibler und nichtfungibler Kapitalien, während der Nationalökonom die Wesentlichkeit dieses Unterschiedes nicht zugeben kann. Der Jurist also muß den Schuldner als Eigenthümer des geliehenen Geldkapitals ansehen, (appellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: Paullus;) muß ihn die Gefahr desselben tragen lassen, weil sonst im Falle des Streites zwischen Gläubiger und Schuldner der böse Wille des letztern Ausflüchte vorschützen könnte, die bei der fungibeln Natur des Geldes niemals sicher zu widerlegen wären. Sobald freilich die Befriedigung des

Digitized by Google

Gläubigers unterbleibt, nicht wegen Böswilligkeit, sondern wegen Unfähigkeit des Schuldners, da zeigt sich sofort die Richtigkeit der nationalökonomischen Auffassung, welche den Gläubiger noch immer als Eigenthümer und Gefahrträger des verliehenen Kapitals betrachtet, und namentlich hieraus die ihm gebührende Zinszahlung erklärt. Es ist bekannt, welchen großen Fortschritt in volkswirthschaftlicher Hinsicht Claudius Salmasius dadurch gebahnt hat, daß er die juristisch wohlbegründete Lehre von der in der mutui datio liegenden Veräußerung bekämpfte. — Man könnte in solchen Fällen meinen, daß die Rechtswissenschaft bei der äußern Form der Sache stehen bliebe, während die Nationalökonomik es mit deren wesentlichem Inhalte zu thun hätte: wenn nicht der Gegensatz zwischen Form und Inhalt selbst ein so fließender wäre. Jede Wissenschaft stellt eben dasjenige in den Vordergrund, was *für sie* das Wesentliche ist.

Daß ein Jurist, um seiner Aufgabe zu genügen, *volkswirthschaftliche Einsicht besitzen muß*, wird heutzutage wohl Niemand bezweifeln, der nicht sehr hinter der Zeit zurückgeblieben ist. Die Stellung der Nationalökonomik zu den Rechtsgelehrten hat in dieser Hinsicht ganz ähnliche Phasen durchgemacht, wie die Stellung der Chemie und Physik zu den Aerzten. Vor hundert Jahren hielt die große Mehrzahl der Mediciner diese beiden Naturwissenschaften für eine Art von Curiosität, deren Nutzen auf ganz bestimmte Einzelzwecke be-

Digitized by Google

schränkt sei. Vor fünfzig Jahren gab man ihre Unentbehrlichkeit für den medicinischen Forscher bereits zu. Und heutzutage wird kein wissenschaftlicher Arzt mehr ohne sie ausgebildet! — Wie der Publicist nicht bloß staatsrechtlicher Kenntnisse bedarf, sondern auch politischer, (und finanzieller, d. h. nationalökonomischer!) so kann der Civilist der volkswirthschaftlichen Einsicht nicht entbehren.

So insbesondere jeder Forscher auf dem Gebiete des Civilrechts. Hier ist keine Forschung möglich ohne Rechtsgeschichte; die pragmatische Rechtsgeschichte aber, die mehr sein will, als eine äußerliche Zusammenstellung von Citaten, setzt ein lebendiges Verstehen der menschlichen Bedürfnisse voraus, deren streitlose Befriedigung die Gesetze und übrigen Rechtsanstalten bezweckt haben, und mit deren Veränderung auch im Großen und Ganzen die Veränderung der Gesetze ꝛc. parallel läuft. Die Juristen sprechen so oft von einer Selbstentwickelung der Rechtsinstitute, gerade wie die Theologen oder Philosophen von einer Selbstentwickelung der Dogmen oder Ideen. Man täusche sich aber nicht über die rein bildliche Natur dieser Ausdrücke, die immer von einer starken Abstraction des in seinen Stoff versenkten Forschers zeugen. In der Wirklichkeit sind es doch immer nur die Menschen, von und in welchen die Rechtsinstitute, Glaubenssätze und Philosopheme gebildet und verändert werden. Was diese Menschen dabei gedacht und empfunden, erstrebt und er-

Digitized by Google

reicht haben, das ist der Gegenstand der historischen Forschung; und in Bezug auf das Civilrecht fällt er, wie schon gesagt, zum überwiegenden Theile zusammen mit der Entwickelung der volkswirthschaftlichen Bedürfnisse und Befriedigungsmittel. — Ebenso leuchtet ein, wie der Gesetzgeber, um segensreich zu wirken, das genaueste Verständniß aller menschlichen Bedürfnisse und aller Mittel, wodurch sie befriedigt werden können, besitzen muß, wenn er es unternehmen will, ihre Befriedigung auf eine unstreitige Art zu reguliren. Ohne dieses Verständniß wird seine Gesetzgebung sicher keine nachhaltige sein; ja, es ist sehr die Frage, ob sie überhaupt mehr sein kann, als eine bloß papierne. — Aber selbst von der bescheidenern Sphäre des Richters und Anwaltes gilt etwas ganz Aehnliches. Man hat nie bezweifelt, daß selbst der gelehrteste Jurist, um wahrhaft nützlich zu sein, praktischer Lebenserfahrung bedarf. Er muß die menschlichen Verhältnisse, die er als Anwalt im friedlichen Streite vertheidigen, als Richter auf unanfechtbare Weise entscheiden soll, auch „praktisch" kennen, d. h. in ihrem Hervorgehen aus menschlichen Bedürfnissen und in ihrer Rückwirkung auf menschliches Wohl und Wehe. Soll der Jurist diese praktische Kenntniß lediglich aus eigener Erfahrung nehmen: wie spät, wie lückenhaft, mit welchem theuern Lehrgelde für ihn selbst, oder doch für seine Clienten ꝛc. wird sie erlangt werden! Zum Glück ist das aber auch gar nicht nöthig. Wir haben eine Wissenschaft, die in systematischer,

Digitized by Google

d. h. für den Unterricht wohl geeigneter Form den größten Theil jener praktischen Lebenskenntniß zusammenfaßt: das ist eben die Nationalökonomik!

Auch die altrömischen Juristen verdanken ihre klassische Vortrefflichkeit zum Theil ihrer Einsicht in volkswirthschaftlichen Dingen. Man ist heutiges Tages gewohnt, diese letztere Seite ihres Verdienstes gering zu schätzen; relativ jedoch, im Vergleich mit der übrigen Nationalökonomik des Alterthums, war sie durchaus nicht gering. Zur Gründung der römischen Weltherrschaft haben die wirthschaftlichen Eigenschaften der Römer vielleicht ebenso viel beigetragen, wie die politischen und militärischen: wie denn überhaupt keine nachhaltige, d. h. wahre Staats- und Kriegsmacht ohne tüchtige wirthschaftliche Unterlagen bestehen kann. Ich erinnere beispielsweise an den streng berechnenden Ordnungssinn der Römer, der zwar einem Horaz (A. P. 325 ff.) mißfiel, auf dem aber die schon in Cicero's Zeit so wohlthätig entwickelte Macht der römischen Buchhaltung beruhete. Ferner an die Vortrefflichkeit des Creditwesens, das Polybios (VI, 56. XXXII, 13.) so hoch über das gleichzeitige karthagische erhebt. An die frühzeitige Abstreifung der meisten, auf mittlerer Kulturstufe gewöhnlichen Eigenthumsschranken, wodurch im Guten wie im Bösen Roms Entwickelung zur Reife so mächtig beschleunigt wurde. An die hohe Bedeutung der rationellen Landwirthschaft und ihrer, noch jetzt bewunderungswerthen, Literatur. Endlich auch an die

Digitized by Google

unverkennbar nationale Fähigkeit und Neigung der Römer zu großen Unternehmungen, was sich ebenso gut in ihren Bankiergeschäften und Wegbauten, wie in ihren Staats- und Kriegshändeln äußert. Von alle Diesem waren die klassischen Juristen gleichsam die geistigen Erben, und jedenfalls die volksthümlich originalsten, systematischesten und praktischesten Männer, die sich in Rom mit wirthschaftlichen Fragen beschäftigt haben. Gewiß nicht ohne theoretischen Erfolg, wovon u. A. die berühmte Stelle des Paullus über die Natur des Geldes (L. 1 pr. Dig. XVIII, 1.) ein so glänzendes Zeugniß ablegt.

Nicht weniger bedeutsam ist der Nutzen des Rechtsstudiums für Theorie und Praxis der Volkswirthschaftslehre. Wie die große Mehrzahl der Rechtsgeschäfte einen wirthschaftlichen Inhalt und Zweck hat, so muß beinah jede wirthschaftliche Handlung gewisse Rechtsformen voraussetzen. Nun soll zwar jeder selbständige Mensch verstehen, sich in solchen Rechtsformen zu bewegen: allein der Jurist als solcher ist Meister darin. Dieß gilt namentlich von dem Verständniß und der Auslegung der Gesetze. Und welch unermeßliche Bedeutung haben die Gesetze in jedem hochkultivirten Staate nicht bloß für die praktische Entwickelung der Volkswirthschaft, sondern schon für die bloße Erkenntniß ihrer Zustände! Selbst auf den niederen Kulturstufen, wo der Einfluß der Gesetzgebung extensiv und intensiv geringer ist, so z. B. im Mittelalter der neueren Völker,

Digitized by Google

verdanken wir unsere Kenntniß des volkswirthschaftlichen Lebens zum weit überwiegenden Theile Quellen juristischer Art und neueren rechtshistorischen Untersuchungen.

Hierzu kommt der große methodologische Nutzen, welchen das Durchmachen einer guten juristischen Schule dem Volkswirthe gewährt. Schon der Hauptzweck seines Faches, Streitigkeit zu verhüten oder zu schlichten, zwingt den Juristen zur genauesten Abwägung seiner Worte. Daher pflegen sich die guten juristischen Begriffserklärungen und Distinctionen ebenso sehr durch Schärfe und Klarheit auszuzeichnen, wie die guten philosophischen durch Tiefe. Das Ideal der Definirkunst würde erreicht werden durch Vereinigung beider Eigenschaften, die leider nur allzu oft einander ausschließen. Nun ist es aber gerade für die historische und praktische Behandlung der Volkswirthschaftslehre mit ihrem Streben nach lebendiger Fülle besonders schwer, gute Definitionen zu machen; sie gewinnt daher besonders viel bei der Selbstcontrole durch juristische „Trockenheit", d. h. Schärfe. Wie schon Leibnitz der Rechtswissenschaft ein gewisses „Rechnen mit Begriffen" zugeschrieben hat, so bildet, meine ich, das juristische Studium für alle Wissenschaften vom Volksleben eine ähnlich wichtige und heilsame Vorschule, wie die reine Mathematik für alle Naturwissenschaften. Ich wenigstens bekenne offen, daß mir in meiner Studentenzeit keine staatswissenschaftliche oder nationalökonomische Vorlesung auch nur von ferne so viel Nutzen gebracht hat,

Digitized by Google

wie die deutsch-rechtlichen Vorlesungen von Albrecht. Es ist darum kein bloßer Zufall, geschweige denn ein Umweg, daß sich unsere deutsche Volkswirthschaftslehre aus den sogenannten Cameralien, und diese wieder aus der Rechtswissenschaft herausentwickelt haben.

Daran knüpft sich schließlich noch eine wichtige Rücksicht auf die praktische Ausübung der Volkswirthschaftslehre. Ich bin gar kein Freund davon, die künftigen Verwaltungsbeamten in abgesonderten „staatswirthschaftlichen" Facultäten auszubilden. Zwar das praktische Genie bedarf keiner schulmäßigen Anleitung zur Praxis. Für gewöhnliche Menschen aber ist es entschieden der kürzeste Weg, um die vorzugsweise sogenannten „Geschäfte" „praktisch" anfassen zu lernen, wenn sie entweder eine kaufmännische, oder eine juristische Schule durchmachen. Nun darf Niemand die erstere unterschätzen, mit ihrer stets klaren Uebersicht von Soll und Haben, ihrer Vorausberechnung aller eigennützigen Triebfedern auf Seiten der Menschen, mit welchen man zu thun hat. In jedem größern Finanzministerium sollte wenigstens Ein gelernter Kaufmann sein, und das gesammte Rechnungs- und Kassenwesen des Staates kann noch sehr viel lernen von gut eingerichteten Privatcomptoirs. Allein für die große Mehrzahl der Verwaltungsämter wird man gewiß keine kaufmännische Bildung wünschen; ebenso wenig, wie z. B. eine militärische. Für Männer, deren Amt es ist, Menschen gesetzlich zu regieren, besteht sicher die beste

Digitized by Google

Schulung zur „Praxis“ in der juristischen Gewohnheit, zwischen den Klippen widerstrebender Willen das schmale, von beiden Seiten anerkannte Fahrwasser des Rechtsweges aufzusuchen. Alles „praktische“ Gebahren beruhet doch am Ende darauf, daß man die Hindernisse richtig vorausberechnet hat, welche sich der Verwirklichung einer Idee entgegenstellen. Und Rechtsgründe der Gegner sind doch Gottlob, wenigstens bei tüchtigen Völkern, immer eins der vornehmsten solcher Hindernisse.

So glaube ich denn, mit Einem Worte, Jurisprudenz und Nationalökonomik zwei vollbürtige Schwestern nennen zu dürfen, gleich nah der gemeinsamen Mutter — Wahrheit, und dem gemeinsamen Arbeitsgebiete — Volks- und Menschheitsleben. Jede ist selbständig in ihrem Princip, und bedarf doch zu dessen rechter Ausführung der andern. Die Rechtswissenschaft ohne Volkswirthschaftslehre kommt nur zu leicht auf solche Ausartungen, wovor die Sprüchwörter warnen: Fiat justitia, pereat mundus! Summum jus summa injuria! Aber es ist nur die entgegengesetzte Einseitigkeit und ebenso falsch, wenn man das Recht als bloßes Mittel zur guten Einrichtung der Volkswirthschaft betrachten wollte. „Wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Werth mehr, daß Menschen auf Erden leben.“ (Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 181.)

In diesem Sinne lade ich den Leser ein, wie die früheren umfangskleinen, aber inhaltsschweren Arbeiten

Digitized by Google

des Verfassers, — „Die Negotiorum gestio", Rostock 1855; „Nationalökonomie und Jurisprudenz", 3 Hefte, Rostock 1857 und 1858; — so auch die vorliegende neue mit demjenigen Ernste, dessen sie würdig ist, zu studieren.

Universität Leipzig, März 1862.

Wilhelm Roscher.

Digitized by Google

Vorrede.

Die günstige Aufnahme, welche meine, unter dem Titel „Nationalökonomie und Jurisprudenz" erschienenen Abhandlungen bei Vielen gefunden haben, ist die Veranlassung gewesen zu den nationalökonomisch-civilistischen Studien, die ich hier übergebe. Ich habe versucht: 1) diejenigen Institute des Civilrechts zusammenzustellen, welche zur Begründung und Beförderung des Credits dienen; 2) in der Nationalökonomie den gemeinsamen Gedanken zu finden, durch welchen das römische Vertragsrecht und eine Reihe von Instituten des deutschen Privatrechts sich zu einem systematischen Ganzen vereinigen; 3) mit Hilfe der Nationalökonomie in der Lehre von der Communio einzelne Begriffe aufzuhellen, und den Zusammenhang zu zeigen, in welchem eine Menge von Rechtssätzen mit einander stehen, die in den Lehrbüchern des Civilrechts als zusammenhangslos behandelt und weit von einander getrennt sind; 4) die rechtlichen Mittel zu erörtern, welche darauf abzwecken, der unproductiven Zerstörung von Capitalien und Arbeitskräften vorzubeugen. Endlich habe ich

Digitized by Google

5) die Institute des Civilrechts besprochen, welche als unmittelbarer Ausfluß sittlichen Gefühls zu betrachten sind und mit der Nationalökonomie nur indirect in Beziehung stehen. Es schien mir indessen unumgänglich nothwendig, um einzelnen gewichtigen Bemerkungen der Kritik zu begegnen, eine ausführliche Erörterung der Principien des Civilrechts überhaupt und der ökonomischen Principien desselben insbesondere, sowie eine Widerlegung der hauptsächlichsten Einwendungen, welche die vorliegenden Studien nicht minder treffen, wie die früher gelieferten Arbeiten, vorauszuschicken.

Die in den Noten kurzweg citirten „Hefte" sind meine unter dem Titel „Nationalökonomie und Jurisprudenz" veröffentlichten Abhandlungen.

Rostock im November 1861.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Vorwort von Wilhelm Roscher III

Vorrede vom Verfasser XVII

Die Principien des Civilrechts. Antikritik 1

I. Die allgemeinen Bedingungen des Credits und die speciellen Institutionen zur Beförderung des Credits 35

II. Vom Werth. Gemeinschaftliche Werthe. Communio und deren Aufhebung 65

III. Industrie und Verkehr. — Das Recht der Industrie und das Verkehrsrecht 89

IV. Consumtion der Güter 98

V. Einfluß der Sittlichkeit auf die Entwickelung des Rechts . . 117

Anhang.

I. Die logische und mathematische Seite des Civilrechts . . . 125

II. Natur und Recht. Gewohnheit und Gewohnheitsrecht . . . 161

Digitized by Google

Digitized by Google

Nationalökonomisch-civilistische

Studien.

Digitized by Google

Digitized by Google

Das Wort „Princip“ oder „Grund“ hat eine vierfache, specifisch verschiedene, Bedeutung. Es giebt erstens einen Grund des Werdens, welcher Ursache genannt wird; diese Bedeutung hat das Wort „Grund“, wo es sich um die Veränderungen in der anorganischen Natur handelt. Zweitens: einen Grund des Sein's; diese Bedeutung hat das Wort, wo es sich um Raum- und Zeitverhältnisse handelt. Drittens: einen Grund des Erkennens d. h. einen logischen Grund; diese Bedeutung hat das Wort, wo es sich um abstracte Begriffe, daraus gebildeter Urtheile und richtiger Schlußfolgerung aus ihnen handelt. Viertens endlich: einen Grund des Handelns d. h. Motiv. Es giebt also physische, mathematische, logische und ethische Gründe.

Die Entstehung eines Rechtssatzes beruht nun auf dem menschlichen Willen, — des Volks oder des Gesetzgebers; der Rechtssatz, mithin das Recht als Complex geltender Rechtssätze, fällt also unter den Begriff der Handlung. Die Principien des Rechts sind daher nur Motive d. h. Zwecke. Die Rechtsprincipien aufsuchen heißt demnach: — die Motive oder Zwecke des Gesetzgebers oder des in dem Gewohnheitsrecht sich manifestirenden Volkswillens aufsuchen. Diese Zwecke sind entweder egoistische oder sittliche und die letzteren kann man unter den Ausdruck „öffentliche Wohlfahrt“, — „salus publica“ zusammenfassen.

Digitized by Google

Es scheint demnach, als ob es für das Recht nur ethische Gründe gäbe. Allein dagegen ist Folgendes zu erwägen.

Die Staatsgesellschaft bildet einen Organismus, wie der menschliche; es ist keine bloße Metapher, von einer Physiologie des Staatskörpers zu reden; dieser Organismus erzeugt Gesetze, welche mit derselben eisernen Nothwendigkeit wirken, wie Natur-Gesetze, und den Erlaß, die Abänderung, und Aufhebung von Rechtsvorschriften mit dictatorischer Gewalt verlangen, so daß dem Gesetzgeber keine Wahl bleibt, zu thun und zu unterlassen: — er wird genöthigt. Wo aber Zwang gegen den Gesetzgeber vorliegt, da kann der Rechtssatz nicht mehr als ein Act des Handelns angesehen werden, sondern man muß ihn, wie Veränderungen in der unorganischen Natur, als eine objectiv gewordene Erscheinung, die nicht auf ein Motiv, sondern auf ihre Ursache zurückzuführen ist, betrachten. Diese Ursachen lehrt die Nationalökonomik, welche man füglich als Physiologie des gesellschaftlichen Organismus bezeichnen kann.

Die beiden großen Ursachen, auf welche die große fundamentale Rechtsverschiedenheit im Leben eines Volks zurückzuführen ist, sind: — die wirthschaftliche Isolirtheit des Einzelnen und die Arbeitstheilung in der Gesellschaft, und die mit jenem Zustande verbundene Rohheit, nnd und mit diesem Zustande anhebende Cultur. Hierauf beruht die entschiedene Aehnlichkeit[1]) im Rechte des römischen und deutschen Mittelalters; hierauf die Möglichkeit der Reception des römischen Rechts in Deutschland. Aus der Allmählichkeit des Uebergangs

[1]) Es giebt keinen „principiellen Unterschied des römischen und deutschen Rechts". Es giebt nur einen principiellen Unterschied des altrömischen und des Justinianeischen Rechts, und eine principielle Gleichheit des Rechts für das Mittelalter beider Völker.

Digitized by Google

von dem einen Zustande in den andern und der nur allmähligen weiteren Entwicklung der Arbeitstheilung erklärt sich ferner, warum die Reception des Justinianeischen Rechts ein *continuirlicher* Act war, d. h. warum die Anwendbarkeit der Sätze dieses Rechts und damit die Kenntniß desselben in Deutschland *nur allmählich* wuchs. Hieraus erklärt sich ferner die *Universalität* des römischen Rechts d. h. die Wahrheit, daß das römisch Justinianeische Recht die *Grundlage des Rechts aller civilisirten Völker der Gegenwart sein und bleiben muß*. Hieraus erklärt sich endlich, warum heut zu Tage für uns das Justinianeische Recht nicht mehr ausreicht, während es den Deutschen im Mittelalter einen überreichlichen Schatz an Rechtssätzen lieferte: — Deutschland hatte damals den Entwicklungspunct noch nicht erreicht, den das byzantinische Reich zur Zeit Justinians erreicht hatte, während die modernen Völker dieses Stadium der Entwicklung längst hinter sich haben.

Es giebt also nicht blos *Motive* zu Rechtssätzen, sondern auch *Ursachen* von Rechtssätzen, nicht blos ethische, sondern auch physiologische d. h. nationalökonomische Principien des Rechts. Der weise Gesetzgeber wird nicht abwarten, bis er durch den Drang der Verhältnisse genöthigt wird, sondern stets wachsam sein, voraussehen und aus eigner Entschließung thun, was über kurz oder lang die Umstände statt seiner thun würden [2]). Das Gebiet der *Ursachen* im Rechte eines Volks wird desto kleiner, das Gebiet der *Motive* desto größer sein, je weiser und umsichtiger seine Gesetzgebung ist. Um Mißverständnisse zu verhüten, müssen wir hier folgende Bemerkung

---

[2]) Ein eclatantes Beispiel vom entgegengesetzten Fall ist die Reception des röm. Rechts in Deutschland.

Digitized by Google

hinzufügen. In der unorganischen Natur findet man die Ursachen der Erscheinungen nur auf empirischen Wege und die gefundene hat keine apodictische Gewißheit. Anders bei den Ursachen, welche Veränderungen im Rechtszustande hervorrufen. Wo die factischen Verhältnisse Rechtssätze erzeugen, sind es im Grunde doch immer die Menschen, welche dies bewirken. Die große Menge, vom Egoismus getrieben, fordert den Rechtssatz und wirkt entweder auf den Gesetzgeber oder bringt ihn als Gewohnheitsrecht zur Existenz. Daher werden wir hier die Ursachen der Rechtsveränderung mit apodictischer Gewißheit ergründen können, nämlich im Wege der Teleologie, welche von den Forschungen im Gebiete der Natur ausgeschlossen ist. Das Verfahren um auf teleologischen Wege hier zur Gewißheit zu gelangen, werde ich weiter unten angeben [3]).

Es ist ferner außer Zweifel, daß die aus den Rechtssätzen abstrahirten Rechte als Größen aufgefaßt werden können und aufgefaßt worden sind. So das Verhältniß der jura in re zu dem vollen Eigenthum an einer Sache, ferner einzelner Servituten, z. B. die serv. actus, viae, itineris zu einander. Es giebt Rechtssätze, welche sich über dieses Größenverhältniß der Rechte zu einander aussprechen und aus der Auf-

---

[3]) Man wird nur zu leicht mißverstanden; sonst wäre es unnöthig zu bemerken, daß es etwas ganz Anderes sei, die Rechtssätze oder die Rechte als etwas Werdendes, sich Veränderndes und Untergehendes zu betrachten. Es ist dies Letztere Nichts weiter, als eine bildliche Vorstellung, — eine analoge Anwendung des Causalitäts-Gesetzes von der realen Natur auf die ideellen Dinge, welche man Rechte nennt. Die Gründe, weshalb Rechte entstehen und untergehen, brauchen nicht erforscht zu werden; sie sind in den Rechtssätzen fest bestimmt. Wohl aber ist das „Warum" für die Entstehung, Veränderung und der Untergang von Rechtsvorschriften Gegenstand der Forschung.

Digitized by Google

fassung der Rechte als Größen entsprungen sind, die also weder auf eine objective Ursache, noch auf ein Motiv des Gesetzgebers zurückzuführen, sondern mathematische Nothwendigkeiten sind, also sich von selbst verstehen, d. h. deren Grund in Nichts weiter, als in der uns a priori inwohnenden Fähigkeit, Größenverhältnisse zu erkennen und zu beurtheilen, zu suchen ist[4]). Hierher gehören Rechtssätze, wie: Qui habet iter, non habe actum; in eo quod plus sit semper inest et minus; nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; etc. Es giebt also auch mathematische Principien des Rechts. Wenn nicht zu bezweifeln ist, daß man eine tiefere Einsicht in jede Wissenschaft gewinnt, wenn man ihre Theile nach dem Gesetz der Homogeneität sowohl als nach dem der Specification betrachtet, so dürfte es für die Einsicht in die Jurisprudenz ersprießlich sein, einmal die mathematische Seite derselben auszuscheiden und für sich darzustellen.

Endlich giebt es Rechtssätze, welche durch logische Schlußfolgerung aus andern Rechtssätzen entwickelt sind. Man erkennt also Sätze als Rechtssätze aus einem logischen Grunde, oder — was dasselbe ist — es können Rechtssätze ihren Grund in der Form unseres Denkens haben, — in den uns a priori inwohnenden Denkgesetzen. Die Logik nimmt die auf physiologischen, ethischen und mathematischen Principien beruhenden Rechtssätze als Material und entwickelt durch Vergleichen und Schließen weitere Rechtssätze. Diese deducirten

---

4) Sie beruhen auf Intuition und bedürfen nicht der Deduction, wie die Rechtssätze, welche auf ökonomischen oder ethischen Principien beruhen. Alle Rechtssätze, welche durch die Jurisprudenz entwickelt sind, bestehen nicht bloß aus deducirten, sondern auch aus intuitiven Sätzen. Letzteres hat die Theorie bei der Erörterung des Juristen-Rechts bisher gänzlich übersehen.

Digitized by Google

Rechtssätze sind nur insofern neu, als wir sie uns durch Schlußfolgerung zum Bewußtsein bringen; denn implicite wußten wir sie schon vorher. Eine separate Darstellung aller auf Deduction beruhender Rechtssätze ist unmöglich, da die Zahl der zum Zwecke der Schlußfolgerung möglichen Combinationen unendlich ist.

Ein Complex von Rechtssätzen, in welchem sich alle vier Elemente klar von einander absondern lassen, ist das Erbrecht. Alle Einrichtungen, die darauf abzielen, das Vermögenssubject juristisch unsterblich zu machen, haben einen nationalökonomischen Grund; die Auffassung der hereditas als Einheit hatte einen mathematischen Grund; zu den Sätzen, die einen logischen Grund haben, gehört z. B. das Accrescenzrecht; das Erbrecht überhaupt beruht auf einem ethischen Grunde. Aber auch in andern Lehren sondern sich diese vier Elemente klar und bestimmt von einander ab. Ich nenne z. B. die Lehre von den Prädial-Servituten. Der Begriff dieses Rechtsinstituts beruht auf einem ökonomischen Grunde; die daraus deducirten Rechtssätze haben einen logischen Grund; daß derjenige, welcher die servitus viae hat, auch die s. itineris hat, beruht auf einem mathematischen Grunde; daß endlich bei der Constituirung der Servitut auch die stillschweigende Meinung des Constituenten berücksichtigt[5]), für die Ausübung der Servitut die reine Chicane des Dominus rechtlich nicht geschützt wird[6]) und der Satz: Pacta sunt servanda seinen Einfluß ausübt[7]) — beruht auf einem ethischen Grunde.

---

[5]) L. 13. pr. D. d. serv. praed. rusticorum. (8. 3): — Si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.

[6]) Es wäre eine bloße Chicane des Dominus dem, der an seinem Grundstück eine serv. viae hat, zu verbieten, auf dieser via Steine und Bauholz zu schleifen. L. 7. eod.

[7]) L. 11. eod. — — Benignius dicetur, eos, qui cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

Digitized by Google

Die Hauptmasse der Rechtssätze hat ethische Gründe, beruht also auf Motiven. Diese sind, von den rein egoistischen abgesehen, — zwiefacher Natur. Erstens: der Gesetzgeber erkennt in dem Staatsorganismus ein Uebel, erforscht dessen Ursache und giebt ein Gesetz, welches den Zweck hat, die Ursache und damit das Uebel zu beseitigen. Die Wissenschaft nun, welche uns die Pathologie, die Therapie und die Diäthetik des gesellschaftlichen Organismus liefert, ist die Nationalökonomie. Sie macht den Gesetzgeber aufmerksam auf die hervortretenden Uebel, zeigt ihm die Ursache desselben, und giebt seiner Reflexion die Mittel an die Hand, es zu entfernen. Je weniger er mit dieser Wissenschaft vertraut ist, desto mehr wird er im Dunklen tappen, desto unsicherer und mangelhafter wird sein Verfahren sein. Hierauf beruht größtentheils alle Rechtsgeschichte[8]). Der Gesetzgeber verkennt die Ursache des Uebels, oder vergreift sich in dem Mittel es zu heilen; durch die Erfahrung über seinen Irrthum belehrt, experimentirt er weiter und weiter, macht Zusätze und Abänderungen, bis das Gesetz den nöthigen Grad von Vollkommenheit erreicht. Dies hat bei den Römern oft Jahrhunderte lang gedauert. Ein recht anschauliches Bild hievon habe ich in der geschichtlichen Entwicklung der negotiorum gestio gegeben. Jedermann muß demnach begreifen, daß man umgekehrt von gegebenen Rechtssätzen, z. B. des römischen Rechts, die Motive oder Zwecke mit Hilfe der Nationalökonomie aufsuchen und finden kann. Man hat gezweifelt an der Sicherheit der Resultate dieses

---

[8]) Die Rechtsgeschichte beruht 1) auf der Veränderung der factischen Verhältnisse, welcher die Entwicklung des Rechts folgen muß, und enthält soweit ein Abbild der Geschichte jener; 2) auf dem ursprünglichen Irrthum des Gesetzgebers und ist insoweit eine Geschichte legislatorischer Kurzsichtigkeit und Verirrung.

Digitized by Google

Verfahrens, an der apodictischen Gewißheit der auf diesem Wege gefundenen Principien, und gefürchtet, daß auf diesem Wege das Recht in das Gebiet der Willkühr gezogen werde. Sowohl der Zweifel als die Furcht ist unbegründet, aber erklärlich, weil denen, die da zweifeln und fürchten, die nöthigen Kenntnisse abgehen. „Nihil certe aeque facit hominem multa suspicari, ac parum scire". Ich will in aller Kürze angeben, wie ich es mache, um das Motiv oder den Zweck (ratio) eines Rechtssatzes zu finden. Ich streiche den Rechtssatz aus, betrachte ihn als nicht vorhanden und untersuche nun mit Hilfe volkswirthschaftlicher Einsicht, welche Uebelstände dadurch im gesellschaftlichen Organismus entstehen. Diese ergeben sich in den meisten Fällen leicht und stets mit apodictischer Gewißheit. Dann habe ich aber gleichzeitig den Zweck oder die ratio des Rechtssatzes gefunden. Ein Probirstein ist der Einklang oder Widerspruch anderweitiger Rechtssätze mit der gefundenen ratio. Ergeben sich gar keine Uebelstände, — kann also der Rechtssatz gestrichen werden ohne allen Nachtheil, so hat er eben keine ratio z. B. die Vorschrift, daß zu einem gültigen Privat-Testamente nicht weniger als 7 Zeugen gehören. Ergeben sich Vortheile, wenn der Rechtssatz aufgehoben wird, — wie dies bei den Wuchergesetzen, der lex Anastasiana, den Bestimmungen über laesio enormis der Fall ist: so ist der Rechtssatz contra rationem und es hat überall kein Interesse, nach der Absicht d. h. dem Irrthum[9]) des Gesetzgebers zu forschen. Ich mache

[9]) In solchen Fällen liegt indessen nicht immer ein legislatorischer Irrthum vor; der nutzlose oder gar nachtheilige Rechtssatz kann ein historisches Ueberbleibsel sein, und sein Fortbestand auf Gewöhnung, Schlendrian, legislatorischer Trägheit beruhen. Ist die Nutzlosigkeit oder die Schädlichkeit des Rechtssatzes nachgewiesen: so ist es gut, ihn historisch zu erklären, weil dadurch jener Nachweis eine bedeutende Stütze erhält.

Digitized by Google

es also, wie der Physiologe, welcher wissen will, welchen Zweck im thierischen Organismus ein bestimmter Nerv hat: — er schneidet den Nerv durch, und, wenn er dann findet, daß das Thier fortan keinen Geschmack, oder keine Empfindung in einem Körpertheile mehr hat, oder unfähig geworden ist, ein Glied zu bewegen: so wird doch Niemand zweifeln können, daß er mit apodictischer Gewißheit den Zweck des Nerven angeben kann. Ich habe die Sicherheit dieser Operation nirgends deutlicher gezeigt, als in meiner Abhandlung der negotiorum gestio, wo ich auf dem angegebenen Wege das Princip des Rechtsinstituts leicht und einfach auffand. Glücklicherweise fand ich nachträglich für Diejenigen, welche sich durchaus an einer Corpus-juris-Stelle erwärmen müssen, mein Princip in Justinians Institutionen bestätigt. Die geschichtliche Entwicklung eines Rechtssatzes ist ohne jenes Verfahren überhaupt unmöglich, wenn man nicht unter Geschichte ein zusammenhangsloses, dürres Aggregat chronologisch an einander gereihter Data versteht [10]). Es ergiebt sich, daß die N.-O. nicht bloß dazu dient, die Ursachen von Rechtssätzen und Rechtszuständen zu ermitteln, sondern auch die Motive des Gesetzgebers, daß also auch die ethische Seite des Rechts großentheils in der N.-O. wurzelt. Die Motive der Gesetzgebung, von denen hier die Rede ist, haben alle das Eigenthümliche, daß, wenn sie auch im Gemüthe

---

[10]) Das hier dargestellte Verfahren ist die bekannte baconische Experimental-Methode, angewandt auf die Jurisprudenz. Mit diesem förmlichen Verfahren nach Grundsätzen ist nicht zu verwechseln das bloße Naturalisiren, d. h. das Forschen nach der ratio legis mittelst des sog. gesunden Menschen-Verstandes. Diese Verwechslung ist es, welche alles Forschen nach der ratio der Rechtssätze in Mißcredit gebracht hat. Daß die Resultate des „gesunden Menschen-Verstandes" rein subjectiv, also unsicher sind, ist unzweifelhaft.

Digitized by Google

des Gesetzgebers entspringen, indem sie die Wohlfahrt der Gesellschaft bezwecken, doch nicht unmittelbar, sondern erst durch das Medium des Verstandes wirken. Das Gesetz entsteht planmäßig. Es giebt aber auch zweitens Rechtssätze, welche als die unmittelbare Wirkung des Motivs erscheinen, — der reine Ausfluß philanthropischen Gefühls sind. Dahin gehört beispielsweise die rechtliche Berücksichtigung des Kindesalters, der Unmündigkeit, der minor aetas, der Kranken, Gebrechlichen, der Armuth, der natürlichen Leichtfertigkeit des Weibes, die Berücksichtigung mangelhafter Bildung, der krankhaften Sucht zur Verschwendung, des Irrthums bei Rechtsgeschäften, ja des Rechtsirrthums, das ganze Institut der Tutel und Curatel, das Pflichttheilsrecht, die gesetzliche Vertheilung der Erbschaft nach der präsumptiven voluntas des Testators ꝛc. Eine eigne Classe der hierher gehörigen Rechtssätze bilden diejenigen, welche eine rechtliche Anerkennung und Berücksichtigung der jedem Menschen von Natur in stärkeren oder schwächerem Grade inwohnenden Gefühle[11]) aussprechen und die Absicht haben, die Verletzung derselben auszuschließen. Dahin gehört die Revocabilität der Schenkung wegen Undanks; die rechtlichen Bestimmungen über res sacrae, sanctae und religiosae; manche Enterbungsgründe; der Grundsatz: Pacta sunt servanda, und: is natura debet, cujus fidem secuti sumus; die Bestrafung der Verläumdung und die actio injuriarum wegen Verletzung des Selbstgefühls. Die solchen Rechtssätzen zu Grunde liegenden sittlichen Principien erkennt Jedermann ohne Weiteres und bedarf es zu ihrer Auffindung keiner besondern Hülfswissenschaft. — Rechtssätze,

---

[11]) Zahl und Eigenthümlichkeiten derselben lehrt die Psychologie. Vgl. unten die V. Abhandlung.

Digitized by Google

welche die natürlichen Triebe des Menschen anerkennen, giebt es nicht, weil das Recht positiv und der Natur gegenüber stets einschränkend ist. Es giebt kein Recht zur Ehe, sondern nur eine rechtliche Beschränkung der Ehe auf Monogamie und bestimmte Formen; es giebt kein Recht zu den Handlungen, zu welchen die natürliche Kindesliebe die Eltern treibt, sondern nur rechtliche Einschränkung der Natur in dieser Beziehung; es giebt kein Recht der Selbsthilfe, sondern nur rechtliche Einschränkung in der Ausübung dieses natürlichen Triebes. Was der Natur an freiem Spielraum übrig gelassen ist, kann überall nicht den Character des Rechts haben. Aber es giebt einen rechtlichen Schutz gegen weitere willkührliche Beschränkungen von Seiten Dritter [12]). Dergleichen Einschränkungen der Natur durch das Recht und ein solcher Schutz gegen weitere willkührliche Einschränkungen haben stets einen ethischen Grund; ob ihnen ein sittlicher Gedanke zu Grunde liegt, erkennt man von selbst, — ob daneben auch ein national-ökonomischer, ergründet man durch das oben angegebene Verfahren.

Da die Rechtssätze, also auch die des Civilrechts, nach der bisherigen Erörterung theils auf ökonomischen, theils auf ethischen, theils auf mathematischen, theils auf logischen Principien beruhen: so bildet es vier Complexe, von denen drei ganz heterogener Art sind, — deren weitere Vereinigung also unter ein einziges gemeinschaftliches Princip nicht möglich ist. Ein System des Civilrechts in diesem Sinne giebt es also nicht: — eine architectonische Behandlung des ganzen Civilrechts in der Art, daß jedes Einzelne durchweg vom Andern getragen würde, ist unmöglich. Ein System des

---

[12]) Z. B. das Interdict. d. liberis exhibendis et ducendis.

Digitized by Google

Civilrechts kann nur so bewerkstelligt werden, daß man einen der genannten Gesichtspuncte als Basis nimmt, den von diesem einen Princip beherrschten Compler von Rechtssätzen als den eigentlichen Stamm ansieht, und das Uebrige in einer natürlichen und symmetrischen Weise anschließt. Dabei entstehen dann zwei Fragen:

1) Welches der vier Principien soll man als Basis nehmen? Zunächst scheidet hier die mathematische Seite aus; sie enthält verhältnißmäßig eine zu geringe Anzahl von Rechtssätzen, als daß sie zum Fundament des Systems dienen könnte. Nicht minder unbrauchbar erscheint der logische Theil; denn die Logik für sich liefert überhaupt keine Rechtssätze, empfängt vielmehr ihr Material von den drei andern Compleren; ihre Begriffe, Urtheile und Schlußfolgerungen bewegen sich also innerhalb dieser drei Gebiete. Es bleiben also, um das Fundament des Systems zu bilden, nur der ökonomische und der auf sittlichen Principien beruhende Theil übrig. Und zwischen diesen beiden kann die Wahl nicht zweifelhaft sein, da die auf rein sittlichen Principien beruhenden Rechtssätze bei weitem die geringere Zahl bilden.

2) In welcher Art soll der Anschluß der andern Complere bewerkstelligt werden? Was zunächst den auf Sittlichkeitsprincipien beruhenden Theil betrifft: so bietet sich ein Berührungs- und Anknüpfungs-Punkt an den ökonomischen schon durch die Bemerkung dar: — daß die Cultur (Humanität) mit dem Nationalreichthum steigt, und im gleichen Maße die Rohheit verschwindet. Die Moral steht daher schon an und für sich in einer innern Beziehung zur Nationalökonomie. Es würde also durchaus kein unerklärlicher Sprung sein, wenn man nach Darstellung der Hauptmasse des Civilrechts nach ökonomischen Principien, mit dem Capitel abschlösse: „Einfluß

Digitized by Google

der Cultur auf die Entwicklung des Rechts“ [13]). Es ist aber ferner noch zu beachten, daß Rechtssätze, wie Rechtsinstitute, welche auf Sittlichkeit beruhen, sehr wohl auch vom national-ökonomischen Standpunkte geprüft werden können, so daß der fragliche Rechtssatz nicht bloß moralisch, sondern auch zweckmäßig erscheint, oder umgekehrt: der auf sittlichem Princip beruhende Rechtssatz als unzweckmäßig und der salus publica nachtheilig erkannt wird; z. B. die Bestimmung über laesio enormis, — die Wuchergesetze; — die Les Anastasiana. Es ist also keineswegs nothwendig, diesen auf Sittlichkeits-Principien beruhenden Theil des Civilrechts in ein Capitel zusammenzuwerfen; er kann sich sehr wohl im Einzelnen anschließen. Auch der mathematische Theil fügt sich. Manche dieser Rechtssätze müssen nothwendig herbeigezogen werden. Z. B. bei Gelegenheit der societas und communio, die Bestimmungen über die Theilbarkeit der Rechte; andere drängen sich auf im Wege der Ideen-Association. Der logische Theil folgt von selbst, weil er nur Consequenzen enthält, welche einen der drei andern Gebiete angehören.

Wenn ich vorhin sagte, daß der logische, d. h. auf bloßer logischer Schlußfolgerung aus allgemeineren Rechtssätzen beruhende Theil des Civilrechts nicht das Fundament oder den eigentlichen Stamm des Systems abgeben könne; so ist damit selbstverständlich nicht gesagt, daß wir für den Aufbau des Systems von irgend einem Standpunkte aus der Logik entrathen könnten. Nur bei einzelnen Thieren ersetzt der Kunsttrieb die Vernunft [14]). Wir können nur mit Hülfe unserer Denk-

[13]) Siehe unten Abhandlung V.

[14]) Die Bauwerke des canadischen Bibers, das Netz der Kreuzspinne, die Fanggrube der Ameisen-Löwen, die Wachsscheiben der Bienen und alle Vogelnester, sind Systeme, welche ohne Vernunft entstehen.

Digitized by Google

geſetze, d. h. durch Vergleichen und Schließen, ſyſtematiſiren [15]). Auch vom ökonomiſchen Standpunkte aus ſind wir, um ein Syſtem zu Stande zu bringen, genöthigt, aus den vorliegenden Rechtsſätzen Begriffe zu abſtrahiren, dieſe zu Urtheilen zu vereinigen und aus dieſen weitere Schlußfolgerungen zu ziehen, und umgekehrt, ſowohl Begriffe als Urtheile nach genus und species zu claſſificiren. Auch von dieſem Standpunkte aus müſſen wir aus den einzelnen Rechtsſätzen die Begriffe der einzelnen Rechtsverhältniſſe und Rechte abſtrahiren; aber wir definiren und ordnen ſie nicht nach ihrem Inhalte allein, ſondern auch nach ihrem Zweck, und nennen einen Complex von Rechtsſätzen nicht deßhalb ein Rechtsinſtitut, weil ſie eine gemeinſchaftliche factiſche Vorausſetzung haben, ſondern weil ſie durch denſelben nationalökonomiſchen Zweck zuſammengehalten werden. Die Rechtsinſtitute ordnen ſich einander unter nach allgemeineren und ſpecielleren Zwecken [16]). Unſere Schlußfolgerungen ſind daher nicht rein analytiſch, ſo daß ſie bloße Zergliederung einfacher Sätze wären, ſondern ihre Baſis iſt der Zweck, und umgekehrt geſchieht die Vereinigung mehrerer Rechtsſätze nicht dadurch, daß ſie in einen einfachen Satz zuſammengefaßt werden, der ihren Geſammtinhalt nur in der Kürze wiedergiebt, ſondern dadurch, daß von den ſpeciellen Zwecken der einzelnen Rechtsſätze der gemeinſame höhere oder allgemeinere aufgeſucht wird. — Der Zweck der Volkswirthſchaft iſt die möglichſte Vermehrung der ſog. materiellen d. h. tauſchfähigen Güter, und ſomit aller

---

15) Wiewohl der inſtinctive Bautrieb, welcher ebenfalls in der thieriſchen Natur des Menſchen liegt, bedeutend mitwirken kann. Die bloße Schärfe des Verſtandes macht noch nicht den Bau-Künſtler, und in der Wiſſenſchaft nicht den geborenen Syſtematiker.

16) Was man bisher Rechtsinſtitute nannte, ſollte man beſſer „Gedächtniß-Inſtitute“ nennen.

Digitized by Google

übrigen, welche durch den Besitz derselben mehr oder weniger bedingt sind, — deren gerechte Vertheilung unter die producirende Bevölkerung, — deren vernünftiger Genuß. Zur Erreichung dieses großen allgemeinen Zweckes giebt es eine Menge von Einrichtungen; eins solcher Institute ist das Recht, namentlich das Civilrecht. Jener allgemeine Zweck löst sich in eine Unzahl untergeordneter, kleinerer Zwecke auf, dem wieder einzelne Rechtssätze dienen, welche man Rechtsinstitute nennen kann. Zur Erreichung jenes großen allgemeinen Zwecks giebt es ferner eine Anzahl von Geschäften, welche rechtlich normirt, Rechtsgeschäfte heißen. Den Begriff jener Institute und dieser Geschäfte giebt die Nationalökonomie, gestützt auf die Begriffe des Verkehrs. Legaldefinitionen, welche damit in Wiederspruch stehen, sind eine Widersinnigkeit. Sie lehrt also auch, ob zwei Geschäfte, welche mit verschiedenem Namen vorkommen, wirklich verschieden oder identisch, und ob sie im ersteren Falle unter einen gemeinschaftlichen höhern Begriff fallen. Die Nat.-O. ordnet ferner jene Institute und Geschäfte, gestützt auf ihren Zweck, und mit Berücksichtigung des allgemeineren oder specielleren Zwecks. Dabei muß sie oft die volkswirthschaftliche Geschichte zu Hilfe nehmen. Ich habe hier nicht nöthig, zur Erläuterung Beispiele anzuführen, sondern kann mich einfach auf die bisherigen Abhandlungen berufen. Ein solches System des Civilrechts verhält sich zu den bisherigen und gangbaren wie ein Lehrbuch der Physiologie zu dem der Anatomie, wie ein lebendiger Organismus zu einem Cadaver. Weil es die Rechtssätze als Einheit unter einer Idee darstellt, ist es ein wirkliches System, und weil es das Recht im unmittelbaren Anschluß an das Leben giebt, wird es für Jedermann leicht faßlich und verständlich und ist daher ein practisches System; weil es endlich nicht durch Ansätze von Außen, sondern nur von

Digitized by Google

innen heraus wachsen kann, wird es ein dauerndes und unveränderliches System. Was man bisher so nannte, war kein System, sondern ein Schema, es war unpraktisch, weil sich darin das Leben nicht abspiegelte; es trug den Keim der Vergänglichkeit und Veränderlichkeit in sich, — wie denn auch die Erfahrung zeigt, daß fast jeder Lehrer des Civilrechts sein eignes System, d. h. Schema, seinen Vorträgen zu Grunde legt.

Ich habe in meinen bisherigen Arbeiten ein System weder erstrebt noch versprochen. Meine Thätigkeit mußte sich einstweilen auf Untersuchungen beschränken, welche die nothwendigen Vorbedingungen eines künftigen Systems sind. Diese Vorarbeiten sind noch lange nicht erschöpft, — übersteigen die Kraft eines Einzelnen, und noch Viele haben mit und nach mir Hand ans Werk zu legen, um alles Material herbeizuschaffen, zu ordnen und den Bau zu vollenden. Auch ist es nicht gut und ersprießlich, wenn für eine Wissenschaft eine neue Bahn eröffnet ist, zu rasch an die Systematisirung zu gehen, weil dadurch die gewonnenen Resultate, welche noch einer großen Erweiterung fähig sind, sehr leicht den Schein des Fertigen und Abgeschlossenen gewinnen, wodurch manche Kräfte von weiterer Forschung abgehalten werden. Es hat der Philosophie unendlich genützt, daß Baco, und der Nationalökonomie, daß Adam Smith kein System gegeben hat. Um jedoch später einen Grundriß des Gebäudes vorlegen zu können, habe ich nur in großen Schritten das Gebiet des Civilrechts durchwandern können, alles Detail der einzelnen Materien bei Seite liegen lassend, — und über das gesammte Material einen Ueberblick zu gewinnen gesucht. Dennoch hat sich unwillkürlich jede der Abhandlungen zu einem abgerundeten Ganzen gestaltet, und ein systematischer Zusammenhang derselben unter sich von selbst gemacht. Hierin habe ich eine sichere Bürgschaft dafür gefunden, daß ich auf dem rechten

Digitized by Google

Wege sei, und meine Untersuchungen von einem bloßen Herumtappen sich wesentlich unterscheiden.

Nach dieser Vorerörterung wende ich mich zu den Ausstellungen, welche die Kritik an meinen Arbeiten gemacht hat.

Der Grundgedanke meiner Studien ist: — daß alles Recht, also auch das römische, ein Product der factischen Verhältnisse sei, — daß man also vorerst diese kennen müsse, um das Recht zu verstehen [17]); — daß die hierzu nöthige Erfahrung durch das Studium der Nationalökonomie ersetzt werde. Dieser Grundgedanke ist, — so deutlich ich auch gesprochen habe — doch von mancher Seite, ja von intelligenten Juristen übersehen oder mißverstanden worden. Ein hervorragender Gelehrter legt mir in einer brieflichen Beurtheilung des I. Heftes die Intention unter: „ich wollte den jetzigen Staat in seiner Rechtssphäre zu einem bloßen Handels- und Industrie-Staat umgestalten". Nirgends habe ich diese Intention ausgesprochen; ich habe nicht einmal die leiseste Veranlassung zu dieser Besorgniß gegeben. Man sieht, daß diese Aeußerung von einem Manne herrührt, der die Nationalökonomie nur dem Namen nach kennt und durch diesen Namen nur im Allgemeinen an „Handel und Industrie" erinnert wird. Als einem Schüler Hegel's muß ihm überdies meine ganze Richtung mißfallen, welche sich auf den Ausspruch Bacos stützt: Meditor philosophiam, quae nihil habet abstracti vel inanis. Ein anderer Einwand, welcher von demselben Gelehrten herrührt, ist: — „die Nationalökonomie könne nicht dienen als Maßstab zur Würdigung der Leistungen antiker Jurisprudenz". Wer dies aus den bisherigen Abhandlungen

[17]) Thöl ging von dem Gedanken aus, daß, wer das Handelsrecht verstehen wolle, vorerst den Handel kennen müsse. Dies ist der Grund, weshalb sein Buch die vortrefflichste Leistung ist, die wir im Gebiete des Civilrechts besitzen.

Digitized by Google

nicht erkannt hat, an dem muß ich verzweifeln. Ich begnüge mich ſtatt weiterer Belege das Urtheil anderer Kritiker [18]) anzuführen: — daß ich über die Lehre vom Eigenthum ein neues Licht verbreitet, daß ich den Schlüſſel zur Lehre von der Miethe gefunden, daß die von mir entwickelten Aufklärungen in der Servituten-Lehre nicht gering zu veranſchlagen ſeien, u. ſ. w. Der Lebenslauf der Völker iſt im Ganzen und Großen ſtets derſelbe; — wer die Geſchichte eines Volkes kennt, kennt die Geſchichte aller Völker. Jedes Volk hat ſein Mittelalter, ſeine Periode der Cultur. Wer den Lebenslauf eines der modernen Völker genau verfolgt und aufgefaßt hat, weiß damit im Ganzen und Großen auch die Entwicklung des römiſchen Volks. Daraus folgt, daß die Nationalökonomie, obgleich eine Wiſſenſchaft der Neuzeit, brauchbar iſt zum Verſtändniß des Rechts nicht bloß der Römer, ſondern eines jeden Volks. — Es wird mir endlich von derſelben Seite anheimgegeben, ob es nicht beſſer ſei, — „dem gemeinen beſtehenden Recht ſeine natürliche einfache Bahn zu laſſen, und nur dahin zu ſtreben, letzteres nach allen Richtungen hin auf innerliche Weiſe wiſſenſchaftlich begreiflich zu machen". Habe ich denn die Bahn des beſtehenden gemeinen Rechts ändern wollen, indem ich die N.-Ö. als Hilfswiſſenſchaft der Jurisprudenz anwandte? Ich will auf dem Gebiete des Rechts weder ſchaffen noch umgeſtalten, ſondern nur erforſchen und erklären, und das ſtarre todte Recht, wie es in den Compendien auftritt, zu einem lebendigen machen, ſo daß der Zuſammenhang deſſelben mit dem Leben ſich herausſtellt. Und was die Aufgabe betrifft, das beſtehende Recht auf innerliche wiſſenſchaftliche Weiſe zu erklären, — habe ich das nicht gerade verſucht? Habe ich nicht zum erſten Male gezeigt,

[18]) Fitting; Dworzack.

Digitized by Google

was überhaupt innere Geschichte eines Rechtsinstituts sei und auf das klarste nachgewiesen, daß wir trotz der angebeteten Schule, welche sich die historische nennt, noch gar keine innere Geschichte des Civilrechts haben? Was man bisher innere Rechtsgeschichte nannte, verdient diesen Namen durchaus nicht; — sie ist nichts weiter, als die äußere Geschichte der inneren. Habe ich nicht ferner gezeigt, daß gerade die gangbaren Lehrbücher des Civilrechts das Gepräge der Unwissenschaftlichkeit tragen? Sie gleichen in Wahrheit einer sorgfältig classificirten materia medica, welcher mit wichtiger Miene gelehrt und angewandt wird, ohne daß man eine Ahnung von Anatomie und Physiologie hat. Wenn man mir vorwerfen sollte, ich hätte damit die bisherige Jurisprudenz für Charlatanismus erklärt, so mag dies, von einzelnen Erscheinungen, wie Thöls Handelsrecht, abgesehen, eben nicht ganz unrichtig sein.

Kuntze fürchtet aus meinen Abhandlungen Gefahren, — und zwar zunächst für den Geist des Rechts, der eine ethische Potenz sei. Ich weiß nicht, ob hier das Wort „ethisch" soviel als „sittlich, — moralisch" bedeuten soll. Dann muß ich die Behauptung bestreiten, daß alles Recht, insonderheit das Civilrecht, moralischen Ursprungs sei. Wie ich eben ausgeführt habe, — nur ein verhältnißmäßig kleiner Theil des Civilrechts ist moralischen Ursprungs und von diesem wiederum nur ein Theil der unmittelbare Ausfluß sittlichen Gefühls, d. h. des uns eingeborenenen Gefühls der Menschenliebe und Gerechtigkeit. Es ist Nichts fehlsamer, als das Recht für eine gesteigerte Moral zu halten und folgeweise im Menschen einen angeborenen „Sinn für Recht" anzunehmen, welcher die Urquelle aller Rechtssätze sei. Andererseits ist die Furcht, „daß ich bei consequenter Fortbildung meiner Rechtsanschauung schließlich dazu kommen würde, die Juris-

Digitized by Google

prudenz von der National-Oekonomie absorbirt werden zu lassen" ganz unbegründet, da ich in meinen Arbeiten nirgends behauptet habe, daß das Civilrecht ausschließlich auf ökonomischen Principien beruhe. Im Gegentheil habe ich an vielen Stellen[19]) den Einfluß der Cultur und der Humanität auf die Rechtsbildung hervorgehoben. — Nimmt Kuntze dagegen das Wort „ethisch" in einem weiteren Sinne und will behaupten, die Rechtssätze beruhten durchweg auf Motiven, nicht auf Ursachen, — die Gründe des Rechts seien durchweg Gründe des Handelns, nicht des Werdens, so hat er streng genommen allerdings recht; denn es ist unbestreitbar, daß die Entstehung eines Rechtssatzes stets ein Act des Handelns entweder des Gesetzgebers oder des Volkes ist. Ich glaube indessen, oben hinlänglich erörtert zu haben, inwiefern und inwieweit man das Recht als ein objectiv Gewordenes betrachten, also auch neben den Motiven von Ursachen der Rechtsbildung reden kann und muß, und folglich die Bildung und Fortentwicklung des Rechts im Ganzen und Großen als ein „naturnothwendiger Proceß" aufzufassen ist. In wiefern aus dieser Auffassung dem Geist des Rechts Gefahr drohe, vermag ich nicht einzusehen. Man bleibe mir überhaupt mit dem Ausdruck „Geist des Rechts" weg; — er bezeichnet ein so hoch sublimirtes Abstractum, daß dieser Begriff fast inhaltsleer erscheint. Man kann nur sagen: die Auffassung ist richtig oder unrichtig. Das Erstere habe ich nachzuweisen versucht, das Letztere nachzuweisen, war Sache der Kritik. Ein solcher Gegenbeweis wird aber nicht dadurch geführt, daß Kuntze mit vornehm-aristokratischer Miene die Furcht ausspricht: — ich

---

[19]) Vergl. z. B. Heft IV. S. 14. Nr. 4. 31. 43. 46. 49. Kuntze schreibt mir freilich, daß er das IV. Heft noch nicht gelesen habe.

Digitized by Google

möchte dahin kommen, das Recht „aus der Region des Geistes-lebens in die Niedrigkeit naturnothwendiger Processe herab-zustoßen.“ Ich muß gestehen, daß es mir etwas ganz Neues ist, daß die Rangunterschiede: hoch und niedrig, — fein und commun, auch von wissenschaftlichen Auffassungen gelten, der-gestalt daß eine wissenschaftliche Auffassung zwar richtig sei könne, aber verworfen werden müsse, weil sie „zu commun“ sei. Kuntze würde also: wenn Jemand unwiderleglich nach-wiese, daß das Rechtsverhältniß zwischen Professor uud Studenten heut zu Tage nichts sei, als locatio conductio operis, möglicher-weise sagen: — die Ansicht ist richtig, aber zu ordinär und deßhalb zu verwerfen. — Kuntze fürchtet zweitens von meiner Richtung für die Methode der Rechtswissenschaft, die „nur ihren eignen Gesetzen unterthan sein könne.“ Es ist wirklich ergötzlich zu lesen, wie Kuntze in Extase geräth und mit Unwillen ausruft: — „ich glaube, daß wir gegen den Geist des Rechts freveln, wenn wir von der Rechtswissenschaft erwarten, daß sie sich von der N.-O. ins Schlepptau nehmen lasse.“ Das klingt gerade so, als wenn ein Maurer die Mitwirkung an einem Bau verweigerte, weil er es unter seiner Würde hält, sich von einem Zimmermann ins Schlepptau nehmen zu lassen. Will man denn gar nicht begreifen, daß jede Wissenschaft die Dienerin aller übrigen ist, daß alle Wissenschaften auf Einen Zweck hinauslaufen und daß nur das Princip der Arbeits-theilung die Wissenschaft in Zweige und Facultäten getheilt hat! — Mit solcher Vornehmthuerei über litterarische Erschei-nungen reicht man heut zu Tage nicht mehr aus. Hegel konnte noch reussiren, Puchta auch noch; aber die Zeit ist, gottlob! vorüber. Dergleichen Aushilfsmittel haben in der Kritik keinen Effect mehr. — Kuntze lobt mich, daß ich mit helfen will, dem Spiritualismus (womit er die historische Schule bezeichnet)

Digitized by Google

einen Damm zu setzen; schlimmer aber noch, als der alte Spiritualismus, meint er, wäre der neuerdings uns drohende Materialismus; — und es scheine ihm, als sei ich demselben bereits verfallen. Ich muß Sie fragen: Was verstehen sie unter Materialismus, Herr Professor? Die materialistische Richtung der Jurisprudenz soll — wie sie mir schreiben — eine Behandlungsweise des Rechts sein, welche: — „zur Vollstopfung und Uebersättigung führe, — den feinen juristischen Bau mit einem Fettpolster überziehe, — alle Spannkraft des juristischen Muskelwerks zerstöre, — und zur Nivellirung des plastisch gegliederten Rechts führe." Es wird mir sehr schwer, mich durch dieses Fettpolster bilderreicher Darstellung hindurch zu winden. Sie denken sich also das römisch justinianeische Recht als einen kräftigen Athleten von strotzender Gesundheit, und fürchten, daß ich diesen Herkules in einen Fallstaff umwandeln werde. Es freut mich und ich acceptire es nützlichst, daß Sie doch eingestehen, ich führe Ihrem Hercules gesunde Nahrungsmittel zu, und nur besorgen, daß er sich zu sehr darin übernehmen, und — so zu sagen — in seinem eigen Fette ersticken werde. Zu dieser Besorgniß liegt gar kein Grund vor. Meine Abhandlungen sind sehr schlank; der Gliederbau und das Muskelwerk derjenigen Rechtsmaterien, die ich behandelt habe, liegt vollkommen sichtbar vor. Kein anderer Kritiker hat sich denn auch über zu starke Corpulenz beklagt. Vielmehr hat man — namentlich Herr Prof. Fitting und mein Buchhändler — über die zu starke Magerkeit meiner Hefte die Nase gerümpft. Ihr gewähltes Bild ist übrigens nicht zutreffend, das römisch-justinianeische Recht gleicht viel eher einem Menschen, der an verschiedenen erheblichen Schwächen und unangenehmen Auswüchsen leidet. Doch, wohin verirre ich mich! Auf Bilder hätte ich gar nicht antworten sollen. Kuntze ist es mir schuldig geblieben, genau

Digitized by Google

und bestimmt anzugeben, worin das Materialistische, und folgeweise Verkehrte meiner Richtung liege, hat mich also unfähig gemacht, ihn zu widerlegen. Ich muß annehmen, daß Kuntze sich der allegorischen Ausdrucksweise, wie der Vornehmthuerei gegen mich bedient, weil er sich selbst nicht klar darüber gewesen ist, was er mir eigentlich zum Vorwurf machen solle. Er hat mithin meine Arbeiten in der Absicht gelesen, nicht sie zu beurtheilen, sondern sie zu tadeln. Der Grund dieser Animosität liegt wohl darin, daß ich der Ansicht bin, der „Wendepunct der Jurisprudenz" liege anderswo, als wo er ihn gefunden zu haben glaubte.

Unter denjenigen Kritikern, welche die von mir eingeschlagene Richtung für einen Fortschritt der Wissenschaft erklären, finden sich Einige, welche bemüht sind hervorzuheben, daß die Idee „nicht neu sei." Dies war meines Erachtens nicht nöthig, da schon Salomo gesagt hat, daß es nichts Neues gebe unter der Sonne, und Plato: daß alle Entdeckung Nichts sei, als Reminiscenz, und endlich ich selbst mit klaren Worten auf den Ruhm der Entdeckung ausdrücklich Verzicht geleistet habe. Wer es für unerläßlich hielt, mir die Originalität abzusprechen, hätte es auch für seine Pflicht halten sollen, dies Letztere hinzuzufügen, um mich nicht bei Leuten, welche nicht Werke, sondern nur Recensionen lesen, in den Verdacht unbegründeter Prätensionen zu bringen. Wer vollständig gerecht gegen mich hätte sein wollen, hätte sich über diesen Punkt etwa folgendermaßen ausdrücken müssen: — „Es giebt Ideen, welche in der Zeit liegen, welche nicht das Eigenthum einzelner Individuen, sondern der ganzen Generation sind, welche in unzähligen Köpfen leben, aber nur in allgemeinen und unklaren Umrissen. Plötzlich findet sich dann Einer, welcher die Idee zum ersten Male klar denkt, bestimmt formulirt, öffentlich ausspricht

Digitized by Google

und demonstrirt. Ein solcher Fall liegt hier vor: — man war für die Abhandlungen so zu sagen: prädisponirt." Zu gering indessen schlägt wohl Leist meine Leistung an, wenn er sie in seinem Schriftchen über die Natur der Sache eine bloße „Betonung" nennt.

Man hat mir zum Vorwurf gemacht, daß ich einzelne mangelhafte Begriffsbestimmungen römischer Juristen berichtigt habe. Namentlich hat man es für unverantwortlich gehalten, daß ich das zinsbare Darlehn einfach als Geldmiethe bezeichnet hätte. Dieser Vorwurf beruht auf der irrigen, leider noch weit verbreiteten Ansicht, daß Recht und Jurisprudenz etwas vom Leben und Verkehr Abgeschlossenes und für sich Bestehendes sei; es würden die Begriffe der Rechtsgeschäfte vom Rechte festgestellt, — also, wenn eine Legaldefinition mit dem Verkehrsbegriffe im graden Widerspruche stehe, so müsse man sich doch bei der ersteren beruhigen. Ich kann dieser Ansicht nicht beitreten, halte vielmehr dafür, daß alle Rechtsgeschäfte im Leben und Verkehr ihre bestimmte, unabänderliche Natur haben, woran das Recht überall Nichts ändern kann. Das Recht empfängt die Begriffe dieser Geschäfte und seine Aufgabe ist lediglich diese Geschäfte zu normiren. Legaldefinitionen durch das Recht selbst sind eine Ungereimtheit — es muß Jedem absurd klingen, daß es Rechtssätze gäbe, welche bestimmten, Tausch, Kauf, Miethe, Darlehn, Schenkung ꝛc. solle das und das sein[20]). Wenn die Jurisprudenz (nicht das Recht) es nöthig findet, diese Begriffe bestimmt zu formuliren, so bleibt Jedem frei zu prüfen, ob die Formel richtig sei oder nicht. Es ergiebt sich also, daß, wenn ein römischer Jurist in seiner Definition von der wirklichen Natur eines Geschäfts abweicht,

[20]) Nur Begriffe, welche der Gesetzgeber sich selbst macht, z. B. den der Connexität, kann und muß er definiren, wie der Mathematiker, der sich eine Figur construirt.

Digitized by Google

wir berechtigt sind, seinen Irrthum zu verbessern, und alle Rechtssätze, welche auf diesen Irrthum gebaut sind, zu streichen. Daß durch diese Freiheit das Civilrecht in Gefahr komme, ist keineswegs zu befürchten. Denn die Begriffe der Rechtsgeschäfte stehen im Leben und Verkehr durchaus fest, und ein Irrthum über die Natur eines Rechtsgeschäfts ist kaum denkbar: nur in der Formulirung des Begriffs kann man sich vergreifen. Und ebenso sicher lassen sich diejenigen Rechtssätze erkennen, die auf die fehlerhafte Definition gebaut sind, so daß auch in dieser Beziehung kein Schwanken für das Recht zu befürchten ist. Man übersieht übrigens, daß, wenn ich den römischen Begriff des zinsbaren Darlehns berichtigte, dies keine bloße Grille war. Diese Verbesserung war, wie ich nachgewiesen habe, nothwendig. Es entstehen bei der Beurtheilung des zinsbaren Darlehns Rechtsfragen, die sich bei der römischen Begriffsbestimmung ohne Gewaltstreich nicht beantworten lassen. Der desfalsige Nachweis wird dadurch nicht widerlegt, daß Kuntze diese detaillirte Ausführung kurzweg als „Brei" bezeichnet.

Aber, wo bleibt denn das zinsenlose Darlehn? wird im Archiv für practische Rechtswissenschaft gefragt. Wer gesehen hat, wo ich dem Kauf gegenüber mit der Schenkung bleibe; wer gesehen hat, wo ich der Miethe gegenüber mit dem Commodat und Precarium bleibe; wer gesehen hat, wo ich der Dienstmiethe gegenüber mit dem Mandat und Depositum bleibe, der wird hoffentlich sehen, wo ich dem zinsbaren Darlehn gegenüber mit dem zinsenlosen Darlehn bleibe.

Wenn ich im Laufe meiner Untersuchung fand und aussprach, daß die Miethe eine Species des Kaufs, der Kauf

Digitized by Google

eine Species des Tausches und endlich die societas productiva den Character des Austausches von Werthen habe, und daß es daher Rechtssätze gäbe, welche auf alle diese Geschäfte Anwendung finden müßten: — so nennt Kuntze dies „nivelliren", und findet darin einen Rückschritt, — der Fortschritt bestehe in der Differenziirung, d. h. Specificatiyn. Dagegen habe ich Folgendes zu erwidern. Zunächst würde K. mir Unrecht thun, wenn er auch nur entfernt daran denken sollte, ich hätte die Absicht zu nivelliren. Ich habe lediglich untersucht und dann die Resultate meiner Untersuchungen hingestellt; keineswegs ging mein Bestreben dahin, diese Resultate um jeden Preis herauszubringen. Sodann ist der Ausdruck: „nivelliren", d. h. „Alles über Einen Kamm scheeren", durchaus unpassend. Kuntze selbst hat ohne Zweifel gesehen, daß es mir nicht eingefallen ist, zu behaupten: Societas, Tausch, Kauf, Miethe, zinsbares Darlehen, sei Alles einerlei. Ich habe hinlänglich specificirt, d. h. angegeben, worin neben dem gemeinsamen Character der specifische Unterschied aller dieser Geschäfte liege. Kuntze's Vorwurf des Nivellirens ist daher unbegründet. Außerdem ist es ein Irrthum, daß der Fortschritt der Wissenschaft lediglich im „Differenziiren" bestehe. Es wird ihm hoffentlich genügen, wenn ich ihn auf zwei Autoritäten: Plato und Kant verweise, welche Beide behauptet haben, daß in jeder Wissenschaft das Gesetz, nicht bloß der Specification, sondern auch das der Homogeneität angewandt werden müsse. Daß ich diese letztere Vorschrift beobachtet habe, — ist das, was Kuntze mit verächtlicher Miene „nivelliren" nennt.

Ich komme jetzt zu einem Vorwurf, den mir vorzugsweise Diejenigen gemacht haben, welche die wärmsten Verehrer meiner bisherigen Leistungen sind, und den ersten Schritt, den ich auf

Digitized by Google

der neuen Bahn gethan, mit „Freuden begrüßt haben". Um so sorgfäliger werde ich in der Erwägung dieses Vorwurfs sein müssen, — um so gründlicher in der Widerlegung. Das Capitalverbrechen, das ich begangen haben soll, ist: — ich hätte mich erdreistet zu bezweifeln, daß einzelne Sätze des römischen Rechts in Deutschland recipirt seien, obgleich Niemand bisher an ihrer Reception gezweifelt habe. Ein sehr wohlmeinender und gründlicher Recensent (im Schwäbischen Beobachter) verlangt von mir, daß ich gradezu widerrufen und bekennen solle, ich wolle mich mit der Receptionsfrage überall nicht befassen, — und Herr Prof. Fitting fürchtet von meiner Dreistigkeit, ich würde die neue Richtung von vornherein in Mißcredit bringen; — ja, der Mann ist sogar ungehalten geworden, als er sah, daß ich fest bei meinem Vorsatze beharrte. Was nun zunächst den letzteren, litterarisch „politischen" Gesichtspunct betrifft, so bin ich außer Sorgen darüber, daß Diejenigen, welche bloß mit dem nicht einverstanden sind, was ich über die Receptionsfrage gesagt habe, deshalb alles Uebrige für werth- und nutzlos halten sollten; sie werden vielmehr meine desfalsigen Ausführungen als kritische Bemerkungen betrachten und insofern für nützlich halten. Ferner bin ich der Ansicht, daß dergleichen Klugheits-Rücksichten aus dem Felde wissenschaftlicher Forschungen gänzlich verbannt werden müssen. Es handelt sich hier darum: Habe ich recht oder habe ich unrecht? Nicht darum: ob ich gegen die gangbare Meinung handle und davon Nachtheile zu befürchten habe. Ich könnte mich kurz und einfach auf Kierulff berufen, um die Freiheit zu entschuldigen, mit welcher ich die Receptionsfrage behandle; aber ich liebe es nicht, an Autoritäten zu appelliren; ich bin gewohnt, mit meinem eignen Kopfe zu denken, und mich mit meinen eignen Waffen zu vertheidigen.

Digitized by Google

Die Frage „von der Reception des römischen Rechts in Deutschland“ ist keineswegs als absolvirt zu betrachten, und Kuntze hat richtig erkannt, daß meine vom Herrn Prof. Fitting so tief verachtete Abhandlung vom römischen Handel vorzugsweise den Zweck hatte, auf eine neue Erörterung der Receptionsfrage vorzubereiten. Die gangbare Theorie über diesen Punct hat den Vorzug, sehr bequem zu sein; ich glaube, sie ist lediglich aus Bequemlichkeitsrücksichten entstanden, und wird aus denselben Rücksichen mit so unerschütterlicher Standhaftigkeit festgehalten. Welche Bewandtniß es mit der Reception des röm. Rechts in Deutschland hat, kann nur von einem Nationalökonomen klar erkannt werden. Ich hoffe diesem Thema eine eigne Abhandlung: „Der deutsche Handel im Mittelalter und die Reception des römischen Rechts“ zu widmen, und kann hier nur kurz und allgemein meine Ansicht entwickeln.

Jeder Rechtssatz hat den Zweck: ein Bedürfniß der Gesellschaft zu befriedigen; dies gilt ganz besonders von denjenigen Rechtssätzen, welche das Volk selbst stillschweigend einführt; und dann durch consequente, gleichförmige Anwendung manifestirt. Es leidet daher nicht den geringsten Zweifel, daß auch die Tatsache, welche man mit dem Ausdruck „Reception des röm. Rechts in Deutschland“ bezeichnet, durch ein Bedürfniß hervorgerufen ist, und daß diejenigen in einem großen Irrthum sich befinden, welche sich diese Reception in ähnlicher Weise denken, wie das Christenthum von Missionären unter fremde Völker verbreitet wird. Der Reception vorauf ging nothwendig ein fühlbarer Mangel, dessen Beseitigung dringend Noth that, und den zu beseitigen damals weder das Volk noch die schwerfällige Gesetzgebung vermochte. Dieser Mangel bestand in der absoluten Unausreichlichkeit des

Digitized by Google

einheimischen Rechts. Warum wollte denn das alte deutsche Recht, das doch so lange Zeit hindurch ausgereicht hatte, plötzlich im 12. und 13. Jahrhundert nicht mehr ausreichen. Es ist klar, daß um diese Zeit plötzlich eine große Veränderung der factischen Verhältnisse Deutschlands eintrat, welche den Deutschen über den Kopf wuchs, so daß sie diesen neuen, rasch sich entwickelnden Verhältnissen in der entsprechenden Rechtsbildung nicht folgen konnten. Jedermann, der die deutsche Geschichte auch nur oberflächlich kennt, und von den Hauptgrundsätzen der Nationalökonomie auch nur eine schwache Vorstellung hat, wird ohne Weiteres begreifen, daß dieses tief eingreifende Ereigniß die Erbauung der Städte war. Wer sich die Deutschen auf der Culturstufe des 10. Jahrhunderts vorstellt und sich sämmtliche Städte aus Deutschland wegdenkt, wird sagen müssen, daß das alte deutsche Recht, wie uns die Germanisten es darstellen, den damaligen Zuständen vollkommen genügte. Denkt man sich dann die plötzliche Entstehung der Städte, welche rasch, wie die Pilze aus der Erde wuchsen, mit ihrem neuen Leben und Treiben, so muß man sich sofort sagen, daß diesen Zuständen jenes alte Recht nicht mehr genügen konnte, und die Dürftigkeit desselben ein höchst drückender Mangel sein mußte. Jenes Bedürfniß nach einem ausreichenden Rechte regte sich also schon seit Heinrich I., wurde mit der Entwicklung der Städte immer fühlbarer, und verbreitete sich territorial mit der Entstehung neuer Städte weiter. Dem entsprechend wanderte allmählig das römische Recht in Deutschland ein. Es ist indessen wohl zu beachten, daß durch die Städteerbauung das bis dahin entwickelte germanische Recht nicht unbrauchbar wurde. Es war und blieb vollkommen brauchbar für diejenigen factischen Verhältnisse, für welche es entstanden war; zur Reception

Digitized by Google

fremder Rechtssätze in dieser Beziehung bestand überall kein Bedürfniß; dieses beschränkte sich vielmehr auf das Gebiet der neu entstandenen Rechtsverhältnisse, welche durch die in den Städten erwachende und rasch fortschreitende Manufactur- und Handels-Industrie sich bildete. Man bedurfte eines umfänglichen Vertrags-Rechts, — insonderheit eines Handelsrechts; man bedurfte Rechtssätze über die neu entstandenen Servitutes praed. urbanorum, und über die durch das gedrängte Aneinanderwohnen hervorgerufenen nachbarlichen Verhältnisse; — weiter Nichts, auch nicht eines wissenschaftlich durchgebildeten Rechts, wie es im Corpus juris enthalten war: — denn Wissenschaftlichkeit lag damals noch weit über dem Horizont der Deutschen hinaus. Das römische Recht befriedigte das Bedürfniß mehr als vollkommen; man wandte es auf die neuentstandenen Verhältnisse an mit voller Ueberzeugung seiner Zweckmäßigkeit. Es ist unrichtig und zu beklagen, daß diese constante Manifestation der von Anfang an vorhandenen Ueberzeugung: — „Gewohnheit" genannt worden, weil dies zu dem Irrthum verleitet, als beruhe diese opinio necessitatis auf „Gewöhnung". Es ist ferner verkehrt und verwirrend, für den eben erwähnten in Deutschland recipirten Theil des römischen Rechts den Ausdruck „Gewohnheits-Recht" zu gebrauchen. Diese Bezeichnung paßt nur für solche Rechtssätze, welche in der Gewohnheit ihre Quelle haben, — welche bloß deshalb gelten, weil das Volk sich an die Anwendung desselben lange Zeit hindurch gewöhnt hat. Bei jenen Rechtssätzen liegt die opinio necessitatis im Verstand, bei diesen im Gefühl. Rechtssätze der letzteren Art können mit der Zeit ganz widersinnig werden und dennoch fortbestehen, weil das Volk sich von seiner lieben Gewohnheit nicht trennen kann.

Digitized by Google

Die Deutschen bekamen nun denjenigen Theil des römischen Rechts, den sie bedurften, leider in Verbindung mit demjenigen Theile, den sie nicht bedurften, und der in vielen Sätzen mit den deutschen Zuständen im Widerspruch stand, und stehen mußte, weil das deutsche Volk erst in der Periode seines Mittelalters sich befand, während das justinianeische Recht einer Zeit angehörte, welche das Mittel-Alter des römischen Volks seit Jahrhunderten hinter sich hatte. Die Doctores juris in Deutschland hatten das römische Recht im Ganzen (complexu) studirt, und wandten es ohne Unterschied (in complexu) an. Es liegt auf der Hand und bedarf gar keines Beweises, daß dieser andere Complex römischer Rechtssätze als Gewohnheitsrecht in Deutschland nur durch „Gewöhnung" zur Geltung kommen konnte. Daß dies aber geschehen, muß durchaus bestritten werden, so viele Mühe sich die Doctores auch bis auf den heutigen Tag gegeben haben, dies durch allerlei Deductionen zu beweisen. Die Opposition hat bekanntlich das ganze Mittelalter hindurch gedauert, und wenn es den Doctrinären gelungen ist, endlich das Volk zum Schweigen zu bringen: so ist damit noch keineswegs bewiesen, daß das gesammte Corpus juris glossatum als Gewohnheitsrecht in Deutschland gilt. Es fehlt, wie Anfangs, so noch heut zu Tage im Volk an aller opinio necessitatis rücksichtlich desjenigen Theils, der ihm im Mittelalter aufgepfropft ist. Daran können nur Doctrinäre zweifeln, welche ganz abgeschlossen vom Leben sich mit dem römischen Rechte beschäftigt haben. Ich muß daher leugnen, daß das Corpus juris civilis in complexu recipirt sei, dergestalt, daß, wer auf eine Stelle desselben sich berufe, fundatam intentionem habe. Das Corp. jur. civ. gilt vielmehr in Deutschland als gemeines Recht nur so weit, als es erweislich recipirt ist. Die Furcht,

Digitized by Google

daß durch solche Theorie die Anwendung des Rechts der Willkühr preisgegeben werde, können nur diejenigen hegen, die nicht im Besitz der Kenntnisse sind, welche zur Beurtheilung der Receptionsfrage in concreto befähigen. Wenn mir Jemand vorhalten sollte, ich schwämme wider den Strom, die Geltung des Corpus juris in Deutschland wäre ein fait accompli: so mag dies vielleicht richtig sein. So lange man sich jedoch nicht auf diesen Grund, sondern auf eine Deduction stützt, bin ich zur Gegendeduction berechtigt.

Im Uebrigen gebe ich gern zu, daß es vor der Hand ersprießlich sein wird, wenn diejenigen, welche mit mir in der neuen Richtung arbeiten wollen, die Receptionsfrage auf sich beruhen lassen, und bei Rechtssätzen, von denen sie bezweifeln, daß sie ins deutsche Volksbewußtsein eingedrungen sind, sich auf die Hervorhebung dieses Zweifels beschränken. Erst wenn mit Hilfe der Nationalökonomie die römischen Begriffe geprüft und berichtigt sind, die Principien der Rechtssätze erforscht, von jedem Rechts-Institut eine wirkliche innere d. h. nach dem Gesetz der Causalität bearbeitete Geschichte zu Stande gebracht ist, erst dann liegt das nöthige Material vor, um die Receptionsfrage gründlich zu erörtern und im Einzelnen mit Sicherheit zu beantworten.

Damit schließe ich die Entgegnung auf die Einwendungen der Kritik von allgemeineren Character. Was die Fehler und Irrthümer betrifft, welche man in der Behandlung einzelner Materien und Rechtsfragen gefunden haben will, so möge es mir gestattet sein, meine Erwiderung einstweilen noch auszusetzen. Ich beabsichtige, nachdem ich den Cyclus meiner „Experimente" geschlossen, — die Recognoscirung des Terrains beendigt haben werde, die sämmtlichen Arbeiten zu revidiren nnd auszuführen. Da wird der Ort sein, die Specialkritik zu

Digitized by Google

berücksichtigen. Vor der Hand interessirt es mich nur, daß der Grundgedanke, den ich an die Spitze meiner Abhandlungen gestellt habe, allseitig gebilligt wird, und die allgemeinen Bedenken zu entfernen, welche gegen mein Unternehmen im Ganzen und Großen erhoben worden sind. Daß ich, der ich eine ganz neue Bahn beschreite, vorzugsweise dem Irrthum ausgesetzt bin, versteht sich von selbst; — ich wäre sogar berechtigt, den Irrthum als Privilegium in Anspruch zu nehmen. Die Fehler und Irrthümer haben aber für das Ganze keine größere Bedeutung, wie ein Schreib- oder Druckfehler.

So sorgfältig die Kritiker gewesen sind in der Auffindung meiner Mängel und Schwächen, so leichtfertig sind sie über manche bemerkenswerthe Ausführung oder Notiz hinweggegangen. Es hat mich frappirt, daß man wirkliche wissenschaftliche Resultate übersehen oder ignorirt hat. Es geziemt mir nicht, das, was ich meine, hier aufzuzählen; aber Eins muß ich denn doch im Interesse der Wissenschaft hervorheben. Jeder Jurist weiß, daß die Lehre von der societas noch sehr im Argen liegt. So vortrefflich die äußere Seite dieses Verhältnisses d. h. die rechtlichen Beziehungen der socii zu dritten Prrsonen bearbeitet ist, namentlich durch Thöl, so schlimm steht es mit der Theorie, was die innere Seite d. h. das Verhältniß der socii unter sich betrifft. Ich habe im ersten Hefte auf die Verworrenheit und Unklarheit der römischen Juristen in dieser Partie hingewiesen, und zu zeigen versucht, daß das Mangelhafte unserer Theorie darin liege, daß man die societas ganz allgemein und ohne Unterscheidung der Societätsverträge nach ihren Zwecken behandelt hat. So z. B. Puchta. Was dieser Mann über das innere Verhältniß der societas geschrieben hat, ist wirklich ganz außerordentlich schlecht. Ich habe aus dem Gebiete der Societätsverträge die Productiv-

Digitized by Google

Gesellschaft ausgeschieden, ihr Wesen genau analysirt, auch speciell nachgewiesen, wie eine richtige Analyse hier nur mit Hilfe der Nationalökonomie zu Stande gebracht werden könne, und zur speciellen Bearbeitung dieser höchst practischen und wichtigen Materie ein festes Fundament gelegt. Es wäre besser gewesen, wenn die Kritik auf diesen Cardinalpunkt aufmerksam gemacht hätte, anstatt unbedeutende Vorzüge dieser Abhandlung aufzuzählen.

Digitized by Google

I.

Die allgemeinen Bedingungen des Credits und die speciellen Institutionen zur Beförderung des Credits.

Vertrauen ist das Gefühl der Sicherheit, das heißt, der Abwesenheit aller oder einer bestimmten Gefahr und wohl zu unterscheiden von der verstandsmäßigen, auf Reflexion beruhenden, Ueberzeugung der Sicherheit[21]). Vertrauen ist Glaube, und der Glaube hat mit dem Verstande Nichts zu schaffen.

Die National-Oekonomie versteht unter Vertrauen das Gefühl der Sicherheit, daß ein Werth, den man aufzuopfern im Begriffe steht, nicht verloren gehen, sondern — entweder in derselben oder in einer andere Form zurückkehren werde. Das Vertrauen in diesem national-ökonomischen Sinne heißt „Credit".

Man nennt diejenigen Zustände, Anstalten und Einrichtungen im Staate, ohne welche man sich, außer im Falle der Noth, schwer entschließen würde, überhaupt Werthe zu consumiren, sei es zum Zwecke der Production[22]), sei es um Anderen daran die zeitweilige Nutzung einzuräumen, — die allgemeinen Bedingungen des Credits. Den Gegensatz bilden diejenigen Institute, welche speciell die Entstehung von

---

[21]) Hierauf beruht wesentlich der Unterschied von Personal- und Realcredit. —

[22]) Heft I. S. 18.

Digitized by Google

Creditverhältnissen befördern. Angemessener wäre es, zu unterscheiden: die Bedingungen des Vertrauens überhaupt und die Bedingungen des Credits im engeren Sinne.

Bevor von beiden weiter geredet wird, ist folgende Vorbemerkung nöthig, um Mißverständniß zu verhüten. Man muß bei denjenigen Instituten, welche einen volkswirthschaftlichen Nutzen haben, unterscheiden diejenigen, welche von vorn herein durch volkswirthschaftliche Speculation entstanden sind, und solche, welche, durch andere Rücksichten hervorgerufen, hinterher von der Nationalökonomie geprüft und für nothwendig oder nützlich erkannt sind. Es werden manche Zustände und Einrichtungen der letzteren Art genannt werden und wir bemerken ausdrücklich, daß das „Erbrecht" zu dieser Classe von Einrichtungen gehört. Es hat einen großen volkswirthschaftlichen Nutzen, aber dieser Zweck ist nicht der Grund seiner Entstehung.

I. Die allgemeinen Bedingungen des Credits, welche gleichzeitig die allgemeinen Bedingungen der Production sind, sind mannichfacher Art. Eine vollständige Aufzählung ist unmöglich, aber auch nicht nothwendig. Wir begnügen uns hier die wichtigsten anzuführen. Vor allen Dingen ist zu nennen:

A. eine Staatsverfassung, welche die Gesellschaft gegen Despotie und Anarchie sicher stellt, und eine starke Regierung, welche hinlängliche Kraft besitzt, um Ruhe und Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten. Sodann ist

B. zu erwähnen: die vollständige Sicherheit der Person und des Eigenthums.

So lange es an diesen Requisiten fehlt, reducirt sich die Production in allen Industriezweigen auf ein Geringes und das Anvertrauen von Werthen beschränkt sich auf sehr enge

Digitized by Google

Kreise. Ein schlagendes Beispiel liefern die Zustände in den orientalischen Staaten.

Es ist nicht unsere Aufgabe hier zu untersuchen, welche Form der Staatsverfassung und welche Regierungsweise am Geeignetsten ist, die Production zur höchsten Blüthe zu bringen und ein allgemeines Vertrauen aller Staatsangehörigen zu begründen. Ebenso verweisen wir die Erörterung der Mittel, welche zum Schutze der Person dienen, ins Criminalrecht. Hier auf dem Gebiete des Civilrechts haben wir es nur mit dem Schutze des Eigenthums und seiner Analogien zu thun.

Die Verletzung des Eigenthums kann eine totale und eine partielle sein. Jene besteht in der Besitzentziehung oder totalen Zerstörung des Eigenthumsobjects; diese in der Besitz-Störung oder der partiellen Vernichtung des Eigenthums-Objects.

Die civilrechtlichen Mittel zum Schutze des Eigenthums sind:

1) präventive, welche den Zweck haben, der Verletzung fremden Eigenthums vorzubeugen. Dahin gehört:

a) die Androhung von Strafen,

b) die rechtliche Verpflichtung, gewisse, dem Eigenthume Anderer Schaden drohende Einrichtungen wieder zu entfernen.

c) das Recht des Eigenthümers, die Fortsetzung von Handlungen zu verbieten, die seinem Eigenthum Gefahr drohen.

d) die rechtliche Verpflichtung, wegen Gefahr drohender Beschaffenheit eines Grundstücks oder einer sonstigen Einrichtung, für künftigen casuellen Schaden Caution zu leisten.

Die alten Römer haben diese Präventivmittel alle gekannt und in ihrem Civilrecht in Anwendung gebracht. Es genügt

Digitized by Google

hier, auf folgende Rechtsinstitute: die actio furti und vi bonorum raptorum (a), die actio aquae pluviae arcendae (b), das interdictum quod vi aut clam (c) und die cautio damni infecti (d) hinzuweisen[23]).

2) Die Mittel, welche die Wiederherstellung des verletzten Eigenthums bezwecken. Diese Restitution ist

a) direct möglich, wo eine Entziehung oder Störung des Besitzes vorliegt, indem der entzogene Besitz wieder hergestellt oder die Störung beseitigt wird. Zu diesem Zwecke dient die rei vindicatio im Falle totaler, die actio negatoria im Falle partieller Verletzung[24]). Da diese Eigenthumsklagen, als abstracte Annere des Eigenthums gedacht, niemals gegen eine von vorn herein bestimmte Person gerichtet sind, sondern gegen jeden möglichen Verletzer, so hat man sie actiones in rem genannt, im Gegensatz von actiones in personam[25]).

b) indirect durch Ersatz des Werths bei totaler oder partieller Zerstörung des Eigenthums-Objects. Zu diesem Zwecke dient die actio ex lege Aquilia[26]). Sie tritt nicht als besondere Klage hervor, wenn in Fällen der rei vindicatio und

---

[23]) Siehe Puchta Pand. §. 375. 384. 395. 386. 396. 394.

[24]) Puchta Pand. §. 178, 172.

[25]) §. 1. 2. J. d. act. (4. 6.) Diese Eintheilung der actiones ist eine rein äußere und mechanische. Sie mag dem Gedächtnisse eine Stütze sein, aber sie wird für die systematische Anordnung und Darstellung der Rechtssätze unzweckmäßig und hinderlich, indem sie Rechtssätze, welche wirklich, d. h. ihrem Zwecke nach, zusammengehören, weit von einander trennt, und Rechtssätze mit einander in Verbindung setzt, welche ihrem Zwecke nach Nichts mit einander zu schaffen haben.

[26]) Puchta Pand. §. 388. Ein vollständiger Schutz des Eigenthums wird nur möglich durch den Begriff des Werths und durch die Erfindung des Geldes, in welchem jeder Werth, welche Form er haben möge, berechnet und geleistet werden kann. Vgl. Heft I. S. 15. 16.

Digitized by Google

negatoria gleichzeitig eine partielle Zerstörung des Eigenthums-Objects vorliegt, indem hier auch diese Klagen gleichzeitig auf Schadensersatz gehen. Ueber diese römische Nomenclatur darf man aber nie vergessen, daß in solchen Fällen in der Vindication und Negatoria die aquilische Klage steckt[27]).

Es ist bereits früher bemerkt worden, daß sich im römischen Recht neben dem dominium Analogien des Eigenthums gebildet haben[28]). Eine bloße Consequenz ist es, daß dem Inhaber der jura in re aliena auch alle Rechtsmittel zustehen, welche der wirkliche dominus hat, um Verletzungen abzuwenden und sein verletztes Recht wieder herzustellen. Soweit dies im römischen Rechte nicht ausdrücklich gesagt ist, sind die Rechtsmittel des Eigenthums jedenfalls analogisch anzuwenden. Für die Klagen, welche aus der Verletzung eines jus in re entspringen, sind von den Römern besondere Namen eingeführt: — die actio confessoria für die Servituten, die actio de superficie für das superficiarische Recht, die actio in rem emphyteuticaria für die Emphyteuse und die actio hypothecaria für das Pfandrecht[29]).

Durch diesen analogen Schutz der jura in re aliena hat sich dann der Begriff der actiones in rem erweitert. Sie werden alle unter dem Namen petitiones zusammengefaßt[30]).

---

[27]) Dies wird von practischer Bedeutung, wenn während des Vindicationsprocesses der Beklagte stirbt. Die rei vindicatio geht dann gegen die Erben fort, — in quantum ad eos pervenit.

[28]) Heft II. S. 18. 19. —

[29]) Puchta Pand. §§. 191. 175. 176. Note h. §. 214. —

[30]) L. 178. §. 2. D. d. V. S. (50. 16.) — petitionis autem verbo in rem actiones significari videndur. —

Digitized by Google

Mit dem Begriff der petitio erweitert sich der Begriff des Vermögens. Die bloße abstracte Möglichkeit, den Besitz einer Sache von jedem beliebigen Inhaber mit Hilfe des Staats zu erlangen, um sie als Eigenthum zu besitzen, bekommt einen Werth im Verkehre, weshalb denn auch die petitiones als Vermögensbestandtheile, — als eine Art der bona civilia aufgeführt werden[31]). Dadurch entsteht das abstracte Eigenthumsrecht, im Gegensatz zu dem concreten dominium, welches mit dem Besitz verbunden ist. Ebenso entstehen die abstracten jura in re im Gegensatz zu denjenigen jura in re, welche mit der Ausübung der Nutzungsbefugniß verbunden sind. Eine fernere Erweiterung des Vermögensbegriffs entsteht durch die Klagen auf Ersatz zerstörter oder deteriorirter Eigenthumsobjecte und derjenigen Gegenstände, welche den Eigenthumsobjecten analog behandelt werden. Die bloße Möglichkeit, mit Hilfe des Staats den Schadenersatz zu erlangen, bekommt selbst Werth, weshalb denn auch die Klagen als persequutiones zu den bona civilia gerechnet werden[32]).

Wir haben in der vorigen Abhandlung gesehen, daß die Römer geschuldete Werthe, obgleich sie formell[33]) noch im Eigenthum des Schuldners stehen, doch materiell als Eigenthum des Gläubigers ansahen. So die res empta. Wir dürfen erwarten, daß die Römer consequent den Schutz des Eigenthums auch auf dieses materielle Eigenthum ausgedehnt haben. In der That verpflichten sie denn auch

---

31) Heft I. S. 15.

32) Heft I. ebendaselbst.

33) §. 3. J. d. contrah. empt. (3. 33.) Sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. —

Digitized by Google

den Schuldner, insonderheit den Verkäufer zum „praestare actiones“ das heißt zur Cession aller ihm formell competirenden Klagen zum Schutz des Eigenthums an den Käufer, ja der Käufer kann diese Klagen als actiones utiles ohne specielle Cession anstellen. Sed etsi quid praeterea rei venditae nocitum est, heißt es, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae, vel aquiliae, vel interdicti quod vi aut clam. Alle Klagen, welche formell dem Verkäufer wegen Entwendung, Beschädigung oder Zerstörung des Kaufobjekts gegen Dritte zustehen, kommen dem Käufer materiell zu Gute[34]).

C. Der Schutz des Eigenthums an sich würde eine nur geringe Wirkung auf die Production und das Vertrauen in der Staatsgesellschaft haben, wenn nicht eine andere Einrichtung ergänzend hinzuträte. Was nützt das Gefühl der Sicherheit des Eigenthums, wenn man in Ungewißheit darüber bleibt, welche Objecte man als sein Eigenthum zu betrachten habe, und ewig in der Furcht vor der Vindication eines Andern leben muß? Und was nützt Jemandem die Ueberzeugung, daß die Objecte, welche er besitzt, unzweifelhaft sein Eigenthum sind, wenn er im Zweifel darüber bleibt, ob sie auch materiell zu seinem Vermögen gehören, wenn er fürchten muß, daß ihm das, was formell sein Vermögen ist, dem Werthe nach durch Schuldklagen entzogen werden kann? Wir finden daher sehr früh sowohl bei den Römern, wie bei den Deutschen, das Rechtsinstitut der Verjährung neben den Rechtsmitteln, die zum Schutz des Eigenthums dienen. Quod ideo receptum videtur, sagt Gajus,

---

[34]) L. 13. §. 12. D. d. A. E. V. (19. 1.)

Digitized by Google

ne rerum dominia diutius in incerto essent[35]). Bono publico heißt es weiter, usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent[36]).

Es leuchtet von selbst ein, daß die Entwickelung dieses Institutes parallel geht mit der Entwickelung d. h. allmähligen Erweiterung des Vermögensbegriffs, daß die Verjährung sich also anfangs auf Eigenthumsobjecte[37]) beschränkte, dann auf die Analogien des Eigenthums (die jura in re) und zwar zunächst auf die Servituten sich ausdehnte[38]), ferner auf das Verhältniß des Eigenthümers zum Inhaber eines jus in re erweiterte[39]), endlich auch für Forderungsrechte sich geltend machte[40]). Als man anfing, das Vermögen als einen Complex abstracter Werthe aufzufassen, lag die allgemeine Idee einer Verjährung von Vermögensobjecten, das heißt Werthen, ohne Rücksicht auf Form und Gestalt derselben sehr nahe. Es ist in hohem Grade anzuerkennen, wie Justinian sich bemüht hat, in die verworrene Lehre der Eigenthumsverjährung Klarheit und Einfachheit zu bringen; aber man muß es als eine Unvollkommenheit des römischen Rechts bezeichnen, daß es nicht allgemein durchgreifende gleichmäßige Normen für jede Verjährung, welches auch ihr Gegenstand sein möge, festgesetzt, daß es nicht allgemeine Bedingungen aufgestellt hat, unter denen ein Werth durch Verjährung ver-

---

35) Gaj. I. §. 43.

36) L. 1. D. d. usucap. (41. 3.)

37) Puchta Pand. §. 155 ff.

38) Puchta Pand. §. 188. Vgl. §. 175. Note d. und §. 177.

39) Puchta Pand. §. 190. 202.

40) Puchta Pand. §. 189 ff.

Digitized by Google

loren und erworben werden kann. Die mit Justinian abgebrochene Arbeit wieder aufzunehmen, und das Civilrecht in dieser Partie bedeutend zu vereinfachen, ist noch eine wichtige Aufgabe der heutigen Legislation.

In neuerer Zeit hat die Verjährung des Eigenthums und der jura in re aliena in einzelnen Ländern Deutschlands für Grundstücke ihre practische Bedeutung verloren, indem sie durch ein vollkommeneres Institut ersetzt ist. In diesen Ländern sind sämmtliche Grundstücke unter öffentlicher Autorität genau vermessen und auf Charten verzeichnet; die Namen der Eigenthümer sind in einem unter Auctorität des Staats geführten Buche aufgeführt; alle Uebergänge des Grundeigenthums von Einem auf den Andern werden in dem Buche vermerkt und nur derjenige, welcher in diesem Buche als Eigenthümer eines Grundstückes erscheint, gilt als solcher. Ebenso ist es mit allen jura in re; nur diejenigen Beschränkungen fremden Eigenthums, welche aus diesem Buche erhellen, sind rechtlich vorhanden. Es kann daher beim Erwerb des Eigenthums und anderer Sachenrechte an fremden Grundstücken keine Rechtsunsicherheit mehr obwalten; das Bedürfniß der Verjährung ist insoweit verschwunden, und damit das Institut selbst. In diesen Ländern hat sich durch die angeführte Einrichtung die Production, nicht minder aber auch der allgemeine Credit bedeutend gehoben.

Unsere Juristen unterscheiden die Acquisitiv- und die Erstinctiv-Verjährung; wie uns scheint, mit Unrecht. Alle Verjährung ist vielmehr acquisitiv von der einen und erstinctiv von der andern Seite. Der Eigenthümer acquirirt, wenn eine Servitut an seinem Grundstücke durch non usus untergeht. Auch der Schuldner, gegen den eine Schuldklage verjährt, acquirirt einen Werth, den er materiell als aes alienum betrachtete, und der durch die Verjährung der Klage aes suum

Digitized by Google

geworden ist. Es folgt hieraus, daß Usucapion und Klagenverjährung auch eine gleiche Wirkung haben müssen, also bei der letzteren keine naturalis obligatio zurückbleiben kann. Dies folgt auch daraus, daß beide Institute offenbar denselben volkswirthschaftlichen Zweck haben, das heißt, dasselbe practische Bedürfniß befriedigen sollen. Wir wagen es zu behaupten, daß Niemand im Stande ist, für die Klagenverjährung einen andern practischen Zweck anzugeben, als den der Usucapion. Wenn also, was unbestritten feststeht, dem Usucapienten gegen den früheren Eigenthümer der Sache keinerlei Verpflichtungen obliegen, so kann auch der Schuldner gegen seinen Gläubiger nicht naturaliter verpflichtet bleiben. Die römischen Quellenzeugnisse widersprechen sich; die vorliegende Frage läßt sich also nur durch Deduction aus einem Princip entscheiden. Wir deduciren aus der gemeinsamen ratio des Instituts der Verjährung, welche uns von der National-Oekonomie an die Hand gegeben wird[41]).

D. Es ist früher auseinandergesetzt, daß und aus welchen Gründen die conditio usucapiendi von den Römern für ein dingliches Rechtsverhältniß erklärt ist, geschützt durch eine eigne Vindication und negatoria actio gegen jeden mit Ausnahme des Eigenthümers der fraglichen Sache. Ueber den Fall der Collision zweier Personen, welche beide den Besitz bona fide und ex justo titulo erworben haben, ist Streit unter den römischen Juristen. Die Meinung des Neratius[42]) ist sicher die richtige, indem sie das Alter des Besitzerwerbs entscheiden läßt. Sie geht davon aus, daß die conditio usucapiendi ein dingliches Rechtsverhältniß ist, analog dem Eigen-

[41]) Vgl. Kierulff Civilrecht, S. 210. 212. Note ***).

[42]) L. 31. §. 2. D. d. A. E. V. (19. 1.)

Digitized by Google

thum, ad instar proprietatis, — und daß derjenige, welcher bona fide und ex justo titulo eine Sache erwirbt, rücksichtlich der actio Publiciana ein jus quaesitum hat, das ihm nicht wieder entzogen werden kann. Die Ausdehnung der Publiciana in rem actio auf die jura in re war wiederum eine bloße Consequenz, weil diese jura Analogien des Eigenthums sind [43]).

E. Der Schutz des Eigenthums und der bonae fidei possessio ex justo titulo war durch die den Kläger treffende Beweislast practisch sehr mangelhaft. Denn Jedermann konnte durch Besitzstörungen dem Besitzer den Beweis des Eigenthums oder des Besitzerwerbers ex justo titulo aufnöthigen. Diesen Mangel zu heben, war dringendes practisches Bedürfniß. Der Prätor erklärte den Besitz an sich, die bloße possessio [44]) für ein dingliches Rechtsverhältniß. Das prätorische Edict führte für Besitzstörungen und Besitzentziehungen ganz analoge Klagen ein: — die sog. interdicta retinendae und recuperandae possessionis [45]).

Der Begriff der possessio gegenüber dem des dominium existirte schon vor diesen possessorischen Klagen. So lange es ein Eigenthum giebt, existirt auch sein Gegensatz. Gegenüber dem Eigenthümer de jure bestand von jeher der Eigenthümer de facto, d. h. derjenige, welcher die fremde Sache hat und sie als sein Eigenthum behandelt. Aber durch die possessorischen Interdicte entstand, grade wie beim Eigenthume die nackte petitio, hier der abstracte Besitz, — der Begriff desjenigen

---

[43]) Vgl. Heft II. S. 18. 19. —

[44]) — — hoc ipso, quod possidet, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. L. 2. D. Uti poss. (43. 7.)

[45]) Puchta Pand. §. 132 ff.

Digitized by Google

Besitzers, welcher Nichts weiter, als die nackten possessorischen Interdicte hat, der also nicht wirklicher Besitzer ist, sondern nur von Rechts wegen als solcher gilt. Ein solcher Besitzer heißt civilis possessor. Der Gegensatz ist: naturalis possessor, d. h. derjenige, welcher den wirklichen Besitz mit dem animus rem sibi habendi hat, aber als Besitzer rechtlich nicht anerkannt wird. Der Besitz des civilis possessor ist daher etwas rein Ideelles. Der naturalis possessor als Gegensatz des civilis possessor ist nicht zu verwechseln mit dem, qui naturaliter tantum possidet, welcher corporaliter eine Sache detinirt, ohne animus rem sibi habendi. Auch für diesen Detentor kommt der Ausdruck naturalis possessor vor[46]), und man muß daher stets aus dem Zusammenhange ersehen, in welcher Bedeutung derselbe genommen ist. Man unterscheidet also: 1) civilis und naturalis possessor, 2) possessio schlechthin und naturalis possessio. Es folgt, daß es für dieselbe Sache einen civilis p., einen naturalis p. und einen Detentor d. h. einen naturalis p. in einem andern Sinne geben kann[47]).

---

[46]) Vgl. L. 7. §. 11. D, Comm. divid. (10. 3.)

[47]) L. 1. §. 9. 10. D. d. vi. (43. 16.): Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit hoc interdicto uti, non tamen si colonus. Die Schenkung ist nichtig und der Ehemann gilt juristisch nach wie vor auch als Besitzer, ist civilis prossessor, und er hat die possessorischen Klagen; aber für die gewaltsame Besitzentsetzung genügt die, rechtlich nicht anerkannte, also bloße naturalis possessio der Ehefrau, — sie hat jedenfalls das interd. de vi; keinenfalls aber der colonus; denn er besitzt gar nicht. Dejicitur is qui possidet, das heißt: das J. de vi erfordert den animus rem sibi habendi, und dieser fehlt dem Detentor, naturalis p. in diesem Sinn.

Digitized by Google

Dasselbe Bedürfniß, welches neben dem Schutz des Eigenthums und der bonae fidei possessio den Schutz des Besitzes an sich hervorrief, rief auch neben dem Schutz der jura in re und der quasi possessio [48]), welche ex justo titulo und bona fide erworben war, den Schutz der quasi-p. an sich hervor. Die Römer haben jedoch den Schutz des Quasi-Besitzes nicht generell sondern nur für einzelne Fälle eingeführt [49]).

F. Die Frage, welchen Einfluß der Grundsatz: „Jeder Producent, in bona fide erwirbt das Eigenthum an seinem Product", — auf die Production und das allgemeine Vertrauen in der Staatsgesellschaft äußert, und in wieweit das römische Recht diesen Satz durchgeführt hat, ist oben weitläufig erörtert [50]).

G. Ein mächtiger Hebel der Production ist das Erbrecht. Wer die Ueberzeugung hat, daß sein Nachlaß der unbekannten Menge als Beute zufallen oder in eine abstracte Staatscasse fließen werde, beschränkt seine Production, und sucht Alles, was er besitzt, nach Möglichkeit selbst zu genießen; die gegründete Aussicht dagegen, die Früchte seines Fleißes nach seinem Tode auf diejenigen zu übertragen, welche ihm nahe stehen und lieb sind, wird ihn zur Sparsamkeit und Thätigkeit anspornen. Eine Staatsgesellschaft, wie sie der St. Simomismus zu schaffen suchte, würde sich durch eine allgemeine Faulheit, Liederlichkeit und National-Armuth auszeichnen. Das Erbrecht macht den betriebsamen und ordentlichen Bürger, ist eine wichtige Quelle des Nationalreichthums und folgeweise der Cultur [51]).

---

[48]) Heft II. S. 19.
[49]) Siehe Puchta Pand. §. 139.
[50]) Heft I. S. 28 ff.
[51]) Roscher, Grundlagen. §. 86.

Digitized by Google

Es darf mit Sicherheit behauptet werden, daß es nie eine Staatsgesellschaft gegeben hat, ohne Beerbung, aus dem einfachen Grunde, weil die letztere auf Naturgesetz beruht. Die Natur hat jedem Menschen mehr oder weniger die Kindesliebe, die Verehrung gegen die Eltern, die Anhänglichkeit an den Ehegatten, an die Blutsverwandten eingepflanzt, und dadurch den Trieb erzeugt, seinen Nachlaß auf die Seinigen zu übertragen. Positive Satzungen haben dann die Erbfolgeordnung geregelt, und die steigende Civilisation, die Veränderung der Sitten und religiösen Ansichten eine allmählige Veränderung jener Normen, das heißt, eine Geschichte des Erbrechts hervorgerufen. Der Begriff der hereditas ist so alt, wie das römische Volk. Annehmen, das römische Volk habe ursprünglich die Beerbung nicht gekannt, hieße annehmen, ein Naturvolk habe sein Leben mit unnatürlichen Zuständen begonnen.

Die National-Oekonomik stellt aus dem angeführten Grunde an das positive Recht die Anforderung, daß Jedermann frei über seinen Nachlaß verfügen dürfe, mit der alleinigen Beschränkung, welche die Sittlichkeit und die herrschenden Ansichten der Zeit jedem Einzelnen auferlegen; sie verlangt die freie testamenti factio mit der Beschränkung eines Pflichttheilsrechts nahestehender Verwandte; sie verlangt ferner, daß da, wo der Tod Jemanden überrascht, und an der Erklärung seines letzten Willens verhindert, sein präsumptiver, nach den herrschenden Ansichten der Zeit und den Grundsätzen der Sittlichkeit festzustellender Wille zur Geltung komme. Das römische Recht hat, wiewohl langsam und in Jahrhunderten, diese Aufgabe zu lösen gesucht und im Wesentlichen gelöst, aber das Justinianeische Erbrecht, insbesondere das Notherbenrecht, ist noch voller Schlacken längst vergangener Zeiten und es ist tief zu beklagen, daß deutscher Unverstand diese Masse historischer

Digitized by Google

Ueberbleibsel nach Deutschland verpflanzt, sorgfältig, wie Juwelen, bewacht und dadurch unser geltendes Erbrecht zu einer Cloake gemacht hat. Das römische Notherbenrecht, wie es als practisches Recht gelehrt wird[51]), steht in vielen Puncten im Widerspruch mit der Ueberzeugung des deutschen Volks; jeder angehende Gelehrte, welcher genöthigt ist, es zu studiren, fühlt sich von einer geistigen Uebelkeit angewandelt und ist mit tiefer Indignation darüber erfüllt, daß deutsche Pedanten es wagen können, zu behaupten, daß dieser Wirrwarr in das deutsche Volksbewußtsein eingedrungen sei.

Wer eine Erbschaft, zu der er berufen wird, erwirbt, — was regelmäßig durch eine Willenserklärung geschieht — hat eine Klage gegen Dritte auf Herausgabe der Erbschaft; — die hereditatis petitio[52]). Dadurch erweitert sich der Begriff des Vermögens. Die vom Staat garantirte Möglichkeit, den Complex von Werthen, den der Nachlaß bildet, zu erlangen, erhält selbst Werth im Verkehr und neben der venditio rei tritt die venditio hereditatis[53]). Die hereditas ist also ein ideelles Gut und wird daher von den römischen Juristen unter den bona civilia aufgeführt[54]).

II. Als specielle Institutionen, das Anvertrauen von Werthen zu befördern, sind aus dem römischen Civilrecht folgende hier zu nennen: — die Klagbarkeit der Credit-Geschäfte[55]), die Zulässigkeit und Klagbarkeit der Bürgschaft[56])

---

[51]) Vgl. Puchta Pand. §. 485.

[52]) Puchta Pand. §. 515.

[53]) Puchta Pand. §. 521.

[54]) Heft I. S. 15. Brinz, Lehrbuch der Pandecten S. 653 ff.

[55]) Heft II. S. 32. Heft III. S. 67 ff.

[56]) Puchta Pand. §. 404.

Digitized by Google

die Haftung des Schuldners für culpa und mora[57]), die Beweismittel für die Existenz der Forderung (Schrift, arrha[58]), die Rechtsvorschriften über die Vertheilung des insolventen Vermögens beim concursus creditorum[59]), die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers[60]), die juristische Persönlichkeit der hereditas jacens[61]), die cura hereditatis jacentis[62]), das beneficium separationis der Erbschaftsgläubiger[63]). Der Creditor ist nämlich folgenden Gefahren ausgesetzt. Es ist möglich, daß der Schuldner den creditirten Werth nicht restituiren will, daß er ihn nicht restituiren kann, daß er ihn nicht rechtzeitig restituirt, daß er ihn durch seine Verschuldung beschädigt oder vernichtet, daß der Schuldner die Existenz der Schuld ableugnet, daß der Schuldner mehrere Gläubiger hat und sein Vermögen zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, daß der Schuldner stirbt, daß mit dem Tode des Schuldners längere Zeit Ungewißheit über die Person des Erben eintritt, daß während der ruhenden Erbschaft der Nachlaß geplündert wird, endlich, daß der Erbe insolvent ist, er also durch die Concurrenz der Gläubiger des Erben zu kurz kommt. Die angeführten Institute haben den Zweck, diese Bedenken des Gläubigers zu beseitigen.

Wir lassen nur von einzelnen dieser Institute eine weitere

---

[57]) Heft IV. S. 35 ff. und S. 61 ff.

[58]) Puchta Pand. §. 251. 254.

[59]) Puchta Pand. §. 247 ff.

[60]) Puchta Pand. §. 88.

[61]) Puchta Pand. §. 447.

[62]) Puchta Pand. §. 230. Note K.

[63]) Puchta Pand. §. 509. —

Digitized by Google

Ausführung folgen; denn es kommt hier nicht darauf an, diese Rechtsmaterien erschöpfend zu behandeln, sondern nur, an einzelnen Proben zu zeigen, wie wichtig für das Verständniß jener Rechtsinstitute die Nationalökonomik ist.

1. Klagbarkeit der Forderung.

Daß die Klagbarkeit des Creditgeschäfts eine wesentliche Bedingung des Credits ist, bedarf keines Beweises. Daß die Römer die actio in dieser Eigenschaft aufgefaßt haben, erhellt daraus, daß sie die Entziehung der actio oder die Aufhebung oder Beschränkung ihrer Wirksamkeit als Mittel angewendet haben, um die Entstehung gewisser Creditverhältnisse zu verhindern. Es sind:

a) für klaglos, also absolut nichtig erklärt alle Creditgeschäfte einer Ehefrau, falls diese eine Intercession für den Ehemann enthalten [64]). Dahin wird auch der Fall gerechnet, daß die Ehefrau selbständig contrahirt (Credit nimmt), um von ihrem Ehemann eine Verpflichtung abzuwenden, die er sonst eingegangen wäre [65]). Ferner sind die Intercessionen der Frauen überhaupt für absolut nichtig erklärt, wenn sie nicht in einer öffentlich abgefaßten und von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde geschehen sind [66]).

b) Die in gehöriger Form geschehenen Intercessionen der Frauenzimmer sind nach einem S. C. Vellejanum [67]) unwirksam bis auf einzelne besonders benannte Fälle. Aus den gemachten Ausnahmen ersehen wir den eigentlichen Inhalt und die eigentliche ratio des S. C. Dasselbe cessirt:

---

[64]) Nov. 134. c. 8. Daraus die auth.: Si qua mulier. C. (4. 29.)

[65]) L. 8. §. 14. D. (16. 1.)

[66]) L. 23. §. 2. C. (4. 29.)

[67]) Dig. 16. 1. Cod. 4. 29.: ad Senatusconsultum Vellejanum.

Digitized by Google

α) wenn der Creditor nicht wußte, daß die Frau intercedire, sondern der Meinung war, daß sie für sich, lediglich im eigenen Interesse, contrahire. Hieraus geht hervor, daß der Sinn des S. C. ist: Niemand soll einem Frauenzimmer creditiren, wenn das Geschäft eine Intercession ist, und daß der Nachtheil, welcher den Gläubiger trifft, eine Strafe sein soll. Diese muß also cessiren, wenn ihm die Unrechtfertigkeit nicht zugerechnet werden kann [68]).

β) wenn die Intercedentin für die Intercession bezahlt ist [69]). Daraus folgt, daß der Zweck des S. C. ist: Vermögensschaden aus den Intercessionen der Frauenzimmer abzuwenden. Das S. C. cessirt also, wenn sie aus der Intercession keinen Nachtheil haben kann.

γ) wenn sie sich bei der Intercession eines Betrugs gegen den Gläubiger schuldig gemacht [70]). Und:

δ) wenn sie die Intercession nach Ablauf von zwei Jahren wiederholt hat [71]). Hieraus erhellt, daß das S. C. von dem Erfahrungssatz ausgeht, daß Weiber bei Intercessionen leichtfertig zu Werke gehen. Die Annahme eines leichtfertigen Acts aber cessirt, wenn die Frau längere Zeit bei ihrem Beschluß beharrt. Das römische Recht setzt eine Frist von zwei Jahren fest. Ebenso cessirt die Annahme der Leichtfertigkeit, wenn sie

---

[68]) L. 12. D. ad S. C. Vellejanum (16. 1.): Immo tunc locus est Senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere. Paulus führt noch als Grund an: — weil sonst die Weiber überhaupt creditlos sein würden: — alioquin nemo cum feminis contrahet.

[69]) L. 23. pr. §. 1. C. ad S. C. Vellej. (4. 29.) In diesem Fall ist auch die Form der Intercession irrelevant.

[70]) Deceptis, non decipientibus opitulatur. L. 2. §. 3. D. ad S. C. Vellej. (16. 1.)

[71]) L. 22. C. eod. Nov. 62. c. 1. §. 1. in f.

Digitized by Google

darauf ausging, den Creditor zu hintergehen: **infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit**[72]).

Die Sorge für die Minderjährigen geht nach röm. Recht der Sorge für die Frauenzimmer vor. Wenn also das Interesse beider collidirt, so steht das Frauenzimmer hinter dem minor zurück; sie kann sich einem minderjährigen Gläubiger gegenüber nicht auf das Senatusconsult berufen; sie muß bezahlen, wiewohl erst dann, wenn die Insolvenz des Schuldners feststeht[73]). Ferner steht die Sorge für die Leichtfertigkeit der Frauen in zweiter Linie neben dem Grundsatz: **Ne indotata sit mulier.** Das S. C. cessirt also, wenn die Intercession für die Bestellung einer dos geschah[74]). Die Römer wählen also von zwei Uebeln das kleinere. Sie halten es für ein größeres Uebel, wenn ein Frauenzimmer kein dos hat, als wenn eine Frau durch eine Intercession benachtheiligt wird.

Die Zulassung des Verzichts auf das S. C. würde dasselbe ganz illusorisch machen, und mit der Intention des S. C. in Widerspruch stehen, die dahin geht, den Creditor zu bestrafen. Daß das S. C. für die Weiber einen Vortheil enthält, ist nur eine unvermeidliche Consequenz. Auch würde es ein Widerspruch sein, einerseits erst nach Ablauf von zwei Jahren, anzunehmen, daß das Weib mit der nöthigen Besonnenheit intercedirt habe (cit. l. 22. C.), und andererseits zu gestatten, daß sofort bei der Intercession mit Wirksamkeit auf das S. C. verzichtet werden könne.

Was das S. C. Vellejanum in Betreff der Frauenzimmer

---

[72]) cit. l. 2. §. 3.

[73]) L. 12. D. d. minor. (4. 4.)

[74]) L. 12. 25. C. ad S. C. Vellej. (4. 29.) Vgl. Heft IV. S. 11. Note 23.

Digitized by Google

ist, das ist das S. C. Macedonianum [75]) in Betreff der filiifamilias. Die Darlehns-Klage gegen einen Hausſohn ist unwirksam. Der Sinn und die ratio des S. C. erhellt aus den gesetzlich gemachten Ausnahmen, in denen die Darlehns-Klage volle Wirksamkeit hat. Diese sind:

a) wenn das Darlehen zur Befriedigung eines wirklichen Bedürfnisses aufgenommen ist [76]). Daraus ergiebt sich, daß das S. C. verhindern will, daß filiifamilias sich Geld zu Luxus-Ausgaben leihen.

b) wenn der Gläubiger nicht wußte, daß der Entlehner filiusfamilias sei, und der Irrthum ein entschuldbarer war [77]). Daraus ergiebt sich, daß das S. C. eine Strafe für den Creditor enthalten soll. Deshalb kann auch ein filiusfamilias als solcher [78]) nicht auf das S. C. verzichten, denn daß dieses für ihn einen Vortheil enthält, ist nicht die eigentliche Intention, sondern nur eine unvermeidliche Consequenz.

c) wenn das Darlehen mit Wissen und (voraufgehendem oder nachfolgendem) Willen des Vaters aufgenommen ist [79]). Daraus ergiebt sich, daß das S. C. im Interesse des Vaters erlassen ist. Aus den Quellen wissen wir zufällig genauer, daß der Zweck war, Unfrieden oder gar verbrecherische Auftritte zwischen Vater und Sohn zu verhüten [80]).

Das Senatusconsult beschränkt sich ausdrücklich auf Geld-Darlehen der Hausſöhne [81]). Wenn es daher auch richtig

[75]) Dig. 14. 6. Cod. 4. 28: ad Senatusconsultum Macedonianum.

[76]) L. 47. §. 1. D. d. solut. (46. 3.) L. 7. §. 14. ad SCt. Macedonianum. (14. 6.)

[77]) L. 3. pr. §. 1. eod.

[78]) L. 2. C. eod.

[79]) L. 7. §. 15. D. eod.

[80]) L. 1. pr. 3. §. 3. D. eod.

[81]) Cit. l. 3. §. 3: — Is autem solus senatusconsultum offendit, qui

Digitized by Google

bleibt, daß aller Creditkauf Nichts als Darlehen ist [82]), so kann doch bei Creditkäufen des Hausſohns das S. C. nicht Platz greifen, weil durchaus erforderlich ist, daß der creditirte, d. h. dem filiusfamilias hingegebene Werth die Form des Geldes hat. Nur dann tritt es auch bei andern Creditgeſchäften in Anwendung, wenn die Abſicht dahin ging, das S. C. zu umgehen: — si fraus senatusconsulto sit cogitata [83]).

Die Klagbarkeit der Forderung ſchützt den Creditor nicht vollſtändig gegen den böſen Willen des Schuldners, da dieſer durch böswillige Conſumptionen an ſeinem Vermögen die Wirkſamkeit der actio ausſchließen kann. Gegen dergleichen Conſumptionen, wenn ſie in einer wirklichen Vernichtung von Werthen beſtehen, hat das Civilrecht keine Mittel [84]), wohl aber gegen rein privat-ökonomiſche Conſumptionen, bei welchen ein Werth nur aus dem Vermögen des Schuldners in das eines Anderen übergeht [85]). Eine ſolche Conſumption iſt die Schenkung. Die Beſorgniß des Creditors, der Schuldner möchte durch Verſchenkung von Werthen ſeine actio erfolglos machen, wird im römiſchen Recht durch ein beſonderes Inſtitut, — die actio Pauliana, beſeitigt [86]). Der Creditor hat in dem Falle, wenn der Schuldner abſichtlich zu ſeinem (des Gläu-

mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est.

[82]) Heft III. S. 45.

[83]) cit. l. 3. §. 3.

[84]) Das Criminalrecht hat die Strafen des abſichtlichen oder leichtfertigen Bankrotts als Präventivmittel gegen dergleichen Conſumptionen des Schuldners.

[85]) Ueber den Unterſchied der Begriffe „nationalökonomiſcher und privatökonomiſcher" Conſumption, ſiehe Heft II. S. 46.

[86]) Sie iſt prätoriſchen Urſprungs. L. 1. pr. l. 10. D. Quae in fraud. creditorum facta sunt, ut restituantur. (42. 8.)

Digitized by Google

bigers) Nachtheile Werthe verschenkt und dadurch bewirkt, daß derselbe im Concurse seine Befriedigung nicht erhält, eine Klage gegen den Beschenkten auf Herausgabe des Objects mit allen Accessionen, soweit dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Eine Betheiligung des Beschenkten am Betruge ist kein nothwendiges Requisit der actio Pauliana [87]); andererseits hat der Beschenkte nicht zu ersetzen, was er bona fide von dem geschenkten Werth consumirt hat. Er haftet also nur in quantum locupletior factus est [88]). Tauschverträge, soweit sie keine simulirte Schenkung enthalten, lädiren der Creditor nicht; denn hier liegt überall keine Consumption vor, da der weggegebene Werth zurückkehrt, nur in einer andern Form. Es ist daher auch kein Grund vorhanden, den Contrahenten des Schuldners verantwortlich zu machen, wenn der Schuldner den Tausch in der Absicht vornahm, ein Werthobject in eine andere Form umzuwandeln, welche zum Verbrauch oder zur Beiseiteschaffung bequemer ist, z. B. in die Form des Geldes. Das römische Recht giebt aber die actio Pauliana gegen den Contrahenten des Schuldners, wenn dieser sich an dem vom Schuldner beabsichtigten Betrug betheiligt, d. h. wenn derselbe wußte, daß der Schuldner das Tauschgeschäft mit ihm lediglich in der Absicht schließe, um seine Gläubiger zu benachtheiligen. Der letztere Umstand gehört daher wesentlich zum

---

[87]) L. 11. eod.: — si cui donatum est, non est quaerendum, an sciente eo, cui donatum gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores. Daß der Beschenkte, obgleich in bona fide, doch haften müsse, enthalte keine Unbilligkeit, meint Ulpian, weil er ja durch die act. Pauliana keinen positiven Schaden habe: — nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum affligatur. L. 6. §. 11. eod.

[88]) cit. l. 6. §. 11. in f.: — In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.

Digitized by Google

Fundament der Klage, um die Reſciſſion des Tauſchgeſchäfts zu erwirken. Weil ſeine Verhaftung gegenüber den benachtheiligten Creditoren lediglich eine Strafe ſeines dolus iſt, muß der Käufer die res empta herausgeben, ohne das gegebene pretium zurückfordern zu können; nur wenn die Geldſtücke im Vermögen des Schuldners (Verkäufers) noch vorhanden ſind, werden ihm dieſe zurückgegeben, da es ſich nur darum handelt, die Creditoren außer Nachtheil zu ſtellen [89]). Niemals hat der Käufer aber eine exceptio gegen die actio Pauliana [90]). — Die Conſumption von Werthen kann die juriſtiſche Conſequenz einer Handlung ſein. So der Antritt einer inſolventen Erbſchaft, indem man neue Schulden bekommt, ohne einen entſprechenden Werth zu erwerben. Es liegt nahe, an eine Analogie der actio Pauliana zu denken, wenn ein Schuldner in fraudem creditorum eine inſolvente Erbſchaft antritt, und dadurch wirklich ſeine Gläubiger benachtheiligt, und zu erwarten, daß in dieſem Falle die Römer, den urſprünglichen Gläubigern des Erben das Recht gegeben hätten, eine Trennung der Erbſchaft von dem urſprünglichen Vermögen ihres Schuldners und ihre Befriedigung aus dem letzteren, mit Ausſchluß der Erbſchaftsgläubiger, zu verlangen. Allein dieſe Analogie iſt nicht zugelaſſen, wiewohl nicht zu bezweifeln iſt, daß einzelne Juriſten ihre Nothwendigkeit behauptet haben. Quaesitum est, ſagt Ulpian, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum;

---

[89]) L. 8. cod.: — — si numi soluti in bonis (debitoris) exstent, jubeat (arbiter) eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.

[90]) L. 7. cod.: — quaesitum est, an (creditores) pretium restituere debent? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur.

Digitized by Google

sibi enim imputant, qui cum tali contraxerunt, nisi si extra ordinem putamus, Praetorem adversus calliditatem ejus subvenire qui talem fraudem commentus est, quod non facile admissum est [91]). Es folgt von ſelbſt, daß die Römer noch vielweniger die Grundſätze der actio Pauliana zur Anwendung bringen, wenn der Schuldner in fraudem creditorum einen Erwerb ausſchlägt. Quod autem, heißt es bei Ulpian, quum possit aliquid quaerere, non id agit ut quaerat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuntes, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur [92]).

2. Concurs.

Der inſolvente Schuldner iſt an und für ſich unbeſchränkt, zu zahlen, an welchen Gläubiger er will und auf dieſe Weiſe unter den Creditoren eine Bevorzugung eintreten zu laſſen. Inſofern hat der Gläubiger für den Fall der Inſolvenz des Schuldners nicht bloß zu fürchten, daß er an ſeiner Forderung gekürzt wird, ſondern auch, daß er nach Willkühr des Schuldners leer ausgeht. Gegen dieſen Nachtheil wird der Gläubiger geſichert, durch die rechtliche Möglichkeit zu bewirken, daß dem inſolventen Schuldner die Dispoſition über ſein Vermögen genommen, und letzteres nach einer beſtimmten geſetzlichen Ordnung vom Gerichte unter die Creditoren vertheilt wird. Dieſer rechtliche Zuſtand des Schuldners heißt: concursus creditorum und das geſetzlich geregelte Verfahren von der Eröffnung des Concurſes bis zur Vertheilung der Maſſe: Concursproceß. Die Erörterung der Garantien, welche der Proceß den Gläubigern bietet, gehört nicht hierher. Aber wir haben die

[91]) L. 1. §. 5. D. d. separat. (42. 6.)

[92]) L. 6. pr. D. Quae in fraud. cred. (42. 8.)

Digitized by Google

Frage aufzuwerfen: — wie ist mit Rücksicht auf den Credit die Priorität der Forderungen gesetzlich zu ordnen?

Denken wir uns nur einfache Schuldverhältnisse des Cridars: so folgt aus dem bereits öfter erwähnten Grundsatz der Römer, nach welchem der geschuldete Gegenstand materiell nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehört, daß die Gläubiger rein nach dem Alter ihrer Forderungen rangiren müssen und unter gleich alten keine Bevorzugung eintritt. Dennoch haben die Römer diesen Grundsatz hier verlassen. Denn würde derselbe zur Anwendung kommen: so würde eine bedeutende Schwächung des Credits eintreten, weil Niemand creditiren würde, aus Furcht, der Schuldner könnte schon viele ältere Gläubiger haben und das Alter späterer Forderungen fälschlich zurückdatirt werden. Der ganze Zweck des Concursverfahrens wäre verfehlt. Sie mußten nothwendig zu der Inconsequenz gelangen, daß grundsätzlich die Masse ohne Rücksicht auf das Alter der Forderungen pro rata vertheilt werde. Aus demselben Grunde hätten sie auch gegen alle und jede privilegia exigendi sein müssen, ausgenommen etwa bei Forderungen auf anvertraute Gegenstände oder Werthe, welche von Anfang an nach Absicht der Contrahenten aus dem Vermögen des Schuldners ausbeschieden bleiben sollten, aber durch irgend ein Ereigniß oder eine juristische Consequenz formell Bestandtheile der Masse geworden; ferner bei Forderungen, bei denen es sich um höhere Zwecke, als Beförderung des Credits, handelt, wohin auch die rein sittlichen gehören. Als privilegirte Forderungen rechtfertigen sich aus dem ersteren Grunde das Depositum regulare und irregulare [93]); aus dem letzteren Grunde: 1) die Forderungen des Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben; 2) die

[93]) Heft III. S. 39. 40.

Digitized by Google

Kosten der letzten Krankheit des Schuldners; 3) die Begräbnißkosten; 4) das Gesindelohn (aus Mitleid gegen arme Leute); 5) die Forderungen der Bevormundeten gegen ihre Vormünder wegen Vormundschaftsforderungen. Das römische Recht und die deutsche Praxis [94]) haben die Privilegien anerkannt, aber das erstere hat sie aus unzureichenden Gründen sehr vermehrt und dadurch, wenn auch für einzelne Fälle [95]), einen größeren Credit begründet, doch dem Credit im Ganzen sehr geschadet.

Es ist schon an einem andern Ort [96]) ausgeführt worden, daß der sogenannte Real-Credit kein Credit sei, sondern in der Entstehung einer hypothekarischen Forderung ein Austausch von Werthen liege; der sogenannte Pfandgläubiger erhalte gegen den von ihm gegebenen Werth einen andern zurück. Die Geltendmachung des Pfandrechts ist nur eine Realisirung dieses Werths, der schon vorher als aus dem Vermögen des Pfandschuldners ausgeschieden zu betrachten ist; die actio hypothecaria hat daher die Natur einer Vindication (eines Werths) und der Pfandgläubiger im Concurse des Pfandschuldners die Eigenschaft eines Vindicanten. Daraus folgt, daß das Institut der Hypothek an sich keinem Gläubiger einen Grund zu Besorgnissen giebt und folgeweise nicht nachtheilig auf den Credit, d. h. Personalcredit, wirken kann. Wohl aber ist dies möglich durch die schlechte Einrichtung des Hypothekenwesens und des Hypothekenrechts, wie bei den Römern. Was den Credit gefährdet, ist die Unsichtbarkeit der bestellten Hypotheken. Niemand wird leicht creditiren aus

---

[94]) Puchta Pand. §. 248.

[95]) Puchta Pand. §. 248. S. 381.

[96]) Heft III. S. 48. 49.

Digitized by Google

Furcht vor bestehenden Hypotheken, rücksichtlich deren man lediglich auf die Versicherung und Redlichkeit des Schuldners angewiesen ist. Dieser Mangel wird gründlich nur beseitigt durch das System der Publicität und Specialität [97]) der Pfandrechte an Grundstücken und durch die Aufhebung des Pfandrechts an beweglichen Sachen.

3. Haftung des Erben.

Es gab in Rom eine Zeit, wo das Schuldverhältniß ein rein persönliches war. Der Schuldner haftete mit seiner Person, aber nicht mit seinem Vermögen, und mit seinem Tode war das Schuldverhältniß erloschen. Die Folge davon mußte nothwendig sein, daß man schwer creditirte, nur auf kurze Zeit und gegen hohe Assecuranz-Prämie. Allmählig entstand die entgegengesetzte Anschauung: — der Schuldner haftet mit seinem Vermögen. Es entsteht der Begriff des aes alienum [98]), d. h. die Vorstellung, daß geschuldete Werthe materiell keine Bestandtheile des Vermögens sind; das Vermögen bilden die bona, quae deducto aere alieno supersunt [99]). Den Nachlaß bilden also diejenigen Werthe, welche nach Abzug der Schulden übrig bleiben. Eine bloße Consequenz dieser Vorstellung ist die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers, soweit die Erbschaft reicht. Nur insoweit bietet der Rechtssatz: actiones dantur in heredes [100]) den Gläubigern eine Garantie. Denn der Haftung mit ihrem eigenen Vermögen, welche auf der Idee eines vollständigen Repräsentativ-Verhältnisses zum

---

[97]) Es ist in Mecklenburg eingeführt und bis zu einem hohen Grade der Vollkommenheit ausgebildet.

[98]) Heft III. S. 51.

[99]) Eod. Note 162.

[100]) L. 49. D. d. O. et A. (44. 7.)

Digitized by Google

Erblasser beruht, können sie sich entziehen: — die heredes necessarii durch das beneficium abstinendi, die heredes voluntarii durch das beneficium inventarii [101]).

4. Hereditas jacens.

Die Unsterblichkeit einer Person als Vermögenssubject ist ein wesentliches Moment zur Beförderung des Credits. Die Römer dulden daher kein Intervallum zwischen dem Todesmoment und dem Moment des Antritts der Erbschaft, und heben das factisch vorhandene durch die Fiction auf, daß der Erbe angesehen wird, als habe er die Erbschaft unmittelbar im Todesmoment des Erblassers angetreten [102]). Daraus folgt dann weiter, daß alle Ereignisse, welche nach dem Tode des Erblassers die hereditas jacens treffen, angesehen werden, als seien sie im letzten Lebensmoment des Erblassers geschehen. Dies ist die Fiction, welche die Römer vornehmen. Sie fingiren nicht die Fortdauer des Defunctus bis zum Erbschafts-Antritt, sondern datiren den Erbschafts-Antritt und folgeweise alles Voraufgehende in den letzten Lebensmoment des Erblassers zurück [103]). Die Fiction besteht also darin, daß angenommen wird, daß der Defunctus alle Ereignisse, welche die hereditas jacens berühren, noch erlebt habe. Ich habe diese Ansicht an einem andern Orte begründet [104]).

---

[101]) Puchta Pand. §. 500. 508.

[102]) L. 54. D. d. acq. hered. (29. 2.)

[103]) Ganz entsprechend wird andererseits fingirt, daß das Testament der letzte Wille des Erblassers sei, also in den letzten Lebensmoment desselben hinausdatirt. Testamentserrichtung, Tod und Antritt der Erbschaft, sind juristisch Zeitpuncte, die ohne Unterbrechung auf einander folgen.

[104]) Siehe meine Abhandlung: die negotiorum gestio, S. 29. Note 14. Vgl. Schletter's Annalen, 1856. Bd. II. Heft 2. Die Kritik legt dieser Note Bedeutung bei. Auffallend ist mir gewesen, daß Köppen in seiner Abhandlung: die Erbschaft, auf S. 84. diese Note gänzlich ignorirt.

Digitized by Google

5. Beneficium separationis.

Jeder Creditor hat zu fürchten, daß, wenn sein Schuldner stirbt, dessen Erbe insolvent sein, er also möglicherweise durch Concurrenz der Gläubiger des Erben benachtheiligt werden kann. Das römische Recht gab den Creditoren eines Verstorbenen das sogenannte beneficium separationis. Sie können verlangen, daß die Erbmasse von dem Vermögen des Erben getrennt wird und sie zunächst aus der Erbmasse befriedigt werden. Dieses Institut ist eingeführt durch das prätorische Edict. Sciendum est, sagt Ulpian, separationem solere impetrari decreto Praetoris. Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis, ut puta: debitorem quis Sejum habuit, hic decessit, heres ei exstitit Titius, hic non est solvendo, patitur bonorum venditionem; creditores Seji dicunt bona Seji sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Tifii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem; fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen, satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt; hic est igitur aequissimum, creditores Seji desiderantes separationem audiri, impetrareque a Praetore, ut separatim, quantum cujusque creditoribus praestetur [105]). Das Institut gewährt aber den Creditoren keinen unbedingten Schutz gegen die Insolvenz des Erben. Eine Beschränkung enthält zunächst der Satz: Quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent [106]). Der Erbe ist

[105]) L. 1. pr. §. 1. D. d. separationibus. (42. 6.)

[106]) L. 2. eod.

Digitized by Google

berechtigt, über die erworbene Erbschaft zu disponiren, bis die Creditoren die Separation beantragen, wenn er nur nicht in fraudem creditorum defuncti handelt. Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur; utique si nulla fraudis incurrat suspicio [107]). Sodann ist das Recht der Separation durch eine Verjährung von fünf Jahren beschränkt [108]). Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium, post aditionem numerandum separatio non postuletur [109]).

Daß das beneficium separationis dazu dient, den Credit zu fördern, kann nicht bezweifelt werden; wiewohl die Aequität das Motiv zu seiner Einführung gewesen ist.

---

[107]) cit. l. 2.

[108]) L. 1. §. 13. eod.

[109]) Man sieht, daß die Verjährungsfrist ursprünglich unbestimmt und dem richterlichen Ermessen überlassen war.

Digitized by Google

II.

Vom Werth. Gemeinschaftliche Werthe. Communio und deren Aufhebung.

Es ist früher gesagt worden, daß man jedes Gut als einen abstracten Werth auffassen könne, und daß in diesem Werth, nicht in der Gestalt und Form das Wesen der Güter bestehe. Auch ist hervorgehoben, daß die Römer bereits zu dieser Erkenntniß gekommen seien [110]).

Aus dieser Betrachtung ergiebt sich weiter Folgendes. Ein abstracter Werth, insofern er sich stets in einer Summe Geldes darstellen läßt, ist beliebig theilbar. Es ist daher möglich und denkbar, daß mehrere abstracte Werthe zu dem Vermögen mehrerer verschiedener Personen gehören, während das Object, in welchem sich die Summe jener Werthe vereinigt, ein ungetheiltes oder gar untheilbares Gut ist.

Wenn ein solches Object zu Grunde geht, also werthlos wird, so tritt nothwendig ein Verlust aller Interessenten ein. Aendert sich dagegen blos der Werth, indem der Marktwerth eines solchen Objects fällt oder steigt, so kann vertragsmäßig oder gesetzlich ein doppelter Erfolg eintreten. Die Folge kann sein, daß dadurch nicht alle Interessenten verlieren oder gewinnen, — aber auch zweitens, daß sämmtliche Interessenten einen Verlust erleiden oder einen Gewinn machen. Im letzteren Fall heißt das Object, in welchem sich die mehreren Werthe

---

110) Heft I. S 17.

Digitized by Google

concentriren, ein gemeinschaftliches und das Verhältniß der Interessenten zu einander Communion.

Man muß mithin unterscheiden: Gemeinschaftlichkeit eines Guts im weiteren Sinne und Communion im engeren Sinne. Das Merkmal, welches beide Begriffe mit einander verbindet, ist, daß beim Untergang des Objects ein Verlust aller Interessenten Statt findet; das Merkmal, welches beide Begriffe trennt, ist, daß im Fall einer bloßen Werthänderung, nur im Fall einer Communion ein Verlust oder Gewinn aller Interessenten eintritt.

Zum Begriff der Communion gehört also:

1) Die Vereinigung mehrerer verschiedenen Personen gehöriger Werthe in demselben Object. Daraus folgt, daß wenn dem A an einer Sache das Eigenthum, dem B deren Productivdienste zustehen, dadurch zwischen beiden keine Communion begründet wird, weil eine Sache und deren Productiv-Dienste, wie wir früher ausgeführt haben[111]), verschiedene Objecte sind. Der Emphyteuta, der Superficiar, der Servitutberechtigte, steht also mit dem Eigenthümer der Sache in keiner Communion. Es giebt also nur eine Gemeinschaft rücksichtlich der Sache oder rücksichtlich ihrer Productivdienste; aber A und B können eine gemeinschaftliche Sache, C und D gemeinschaftlich die Productivdienste derselben Sache haben. Denkt man sich die Sache und ihre Productivdienste als abstracte Werthe[112]), so kann man sagen: dadurch daß der A den Tauschwerth, der B den Gebrauchswerth einer Sache haben, wird keine Communion begründet; es könne aber A und B gemeinschaftlich den Tauschwerth, C und D gemeinschaftlich den Gebrauchswerth einer und derselben Sache haben.

[111]) Heft II. S. 5.
[112]) Vergl. Heft II. S. 8.

Digitized by Google

Zum Begriff der Communion gehört ferner:

2) Daß wenn der Marktwerth des gemeinschaftlichen Objects sich ändert, ein gleichmäßiger Gewinn oder Verlust aller Interessenten eintritt. Daher begründet die Constituirung einer Hypothek keine Communion zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigenthümer des Pfandobjects; denn, wenn auch hier ein Werth des Ersteren und ein Werth des Letzteren sich in demselben Objekt vereinigen, so tritt doch, wenn der Marktwerth des Pfandobjects fällt, zunächst nur ein Verlust des Eigenthümers und wenn er steigt, nie ein Gewinn des Pfandgläubigers ein. Aus demselben Grunde stehen der prior und posterior creditor in keiner Communion.

3) Es müssen mehrere, verschiedenen Personen gehörige Werthe sich in demselben Object vereinigen. Mithin kann im Falle der Concurseröffnung über das Vermögen eines Schuldners rücksichtlich der Concursmasse keine Communion unter den Concursgläubigern entstehen. Denn, wenigstens nach römischem Rechte, bleibt der Gemeinschuldner Subject des Vermögens und verliert nur die Dispositionsfähigkeit; der Staat versilbert die Masse und vertheilt sie in einer gesetzlich bestimmten Ordnung unter die Creditoren.

Die römischen Juristen haben sich mit der Analyse des Communions-Begriffs nicht befaßt; sie setzen vielmehr den Begriff: res inter aliquos communis als bekannt voraus. Dies hat eine zweifache nachtheilige Folge gehabt. Erstens sind sie nicht im Stande gewesen, eine scharfe Grenze zwischen der communio und ähnlichen Verhältnissen zu ziehen, wie dies hier eben geschehen ist. Zweitens konnten sie den logischen Zusammenhang der communio mit anderen ähnlichen nicht erkennen, indem sie nicht darauf kamen, daß ein höherer Begriff „Gemeinschaftlichkeit der Werthe“ existirt, welcher die communio und die eben-

Digitized by Google

erwähnten ähnlichen Verhältnisse unter einem Gesichtspunct zusammenfaßt.

Es ist kaum nöthig zu bemerken, daß der bloße gemeinschaftliche Zweck, zu welchem das (vielleicht factisch vereinigte) Vermögen mehrerer Personrn verwendet werden soll, keine Communion bedingt. Wenn also das Vermögen zweier Ehegatten nach Gesetz oder Vertrag u. A. die gemeinschaftliche Bestimmung hat, daß davon ohne alle weitere Unterscheidung die gesammten Schulden beider Ehegatten bezahlt werden sollen, so liegt deshalb keine Communion vor, d. h. der gemeinschaftliche Zweck ist sehr gut zu erreichen, ohne daß die Sachen der Eheleute res communes werden. Ebenso entsteht durch eine Productivgesellschaft [113]) unter den sociis keine Communion an den Capitalgegenständen (Grundstücken, Gebäuden, Maschinen, Geräth ꝛc.), welche von der einen oder von beiden Seiten conferirt worden; der gemeinschaftliche Zweck (der Production) ist sehr wohl zu erreichen, ohne daß diese Capitalgegenstände res communes unter ihnen werden. Andererseits ist jedoch die communio an diesen Capitalgegenständen nicht ausgeschlossen, immer sind es aber hinzutretende besondere, nicht in dem Wesen der Productiv-Gesellschaft liegende Momente, welche eine solche communio zur Folge haben.

Niemals kann das Recht da eine Communion statuiren, wo begrifflich, d. h. ökonomisch, eine solche nicht vorliegt; umgekehrt aber giebt es erfahrungsmäßig Fälle, in denen das Recht eine, ökonomisch vorhandene, Communion ignorirt. In diesen Fällen wird entweder die Communion in dem Moment ihrer Entstehung sofort wieder aufgelöst, indem durch einen Rechtssatz die Theilung geschieht, dergestalt, daß die ver-

---

[113]) Vergl. Heft I. S. 21. ff.

Digitized by Google

bundenen Werthe der Interessenten sofort realiter getrennt sind. Oder es tritt für einen oder mehrere Interessenten eine wirkliche Expropriation ein, jedoch ohne Entschädigungsforderung an die Stelle des entzogenen Werthes; nur unter Umständen fällt aus besonderen Gründen die Entschädigungsforderung weg. Auf diesen Punct müssen wir weiter unten zurückkommen.

Weil der Werth einer res communis veränderlich ist, drückt man, um den Antheil eines jeden Interessen fest und unveränderlich bestimmen zu können, diesen als Quote des Objects aus, welches als Einheit (= 1) gesetzt wird. Man sagt also z. B. der Antheil eines Interessenten ist $1/2$, $1/3$, $1/4$ u. s. w. und hat damit diesen fest bestimmt, möge der Werth des res communis steigen oder fallen. Weil die so bestimmten Antheile etwas rein Ideelles (d. h. Gedachtes) sind, sagen die römischen Juristen von den Interessenten: partes intellectu habent[114]).

Da bei jeder Communion das gemeinschaftliche Object eine Summe von Werthen bildet, so können nur Dinge, welche einen Werth haben, Gegenstand einer Communion sein. Da ferner alle Vermögens-Bestandtheile Werthe sind; so folgt, daß Alles, was Vermögensbestandtheil ist, auch Gegenstand einer Communion sein kann, mithin Alles, was die Römer unter bona naturalia und bona civilia verstehen. Es können also auch Prädialservituten in und mit dem gemeinschaftlichen praedium dominans gemeinschaftlich sein, weil sie in und mit dem praedium dominans übertragbar sind, und somit einen Werth haben; ebenso der ususfructus, weil er, wenn gleich unübertragbar, doch die Quelle von Werthen ist. Der usus ist begrifflich von den Gegenständen der Communion ausgeschlossen.

---

[114]) L. 5. D. de stip. serv. (45. 3.). Vgl. L. 66. D. de legat. (II.): — plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione obtinent. —

Digitized by Google

Aber dennoch statuiren die römischen Juristen einen communis usus. — Sie entschuldigen diese mit dem Begriff des usus und der communio im Widerspruch stehende Abnormität mit einem Nothstand: — propter necessitatem fit, sagen sie[115]). Wie es scheint, haben sie den Fall vor Augen, daß der usus einer Sache zweien Personen als Vermächtniß hinterlassen ist, und begehen eine Inconsequenz, um eine letzwillige Verfügung aufrecht zu erhalten, welche sonst widersinnig, also nichtig sein würde.

Es ergiebt sich von selbst, daß das gesammte Vermögen mehrerer Personen gemeinschaftlich sein kann. Diese Communion nennen die Römer communio omnium oder universorum bonorum[116]).

Die Geschichte der Communion ist theilweise eine Geschichte ihres Gegenstandes, welche nothwendig parallel

---

[115]) L. 10. §. 1. D. Communi div. (10. 3.): Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio postest fieri in communi dividundo judicio videamus. Sed Praetor interveniet et rem emendabit, et si judex alteri usum adjudicaverit non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti, quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.

[116]) Es ist bemerkenswerth, daß bei der communio omnium bonorum das Vermögen nicht als Ganzes, nicht als ein Complex von Werthen, sondern jeder materielle und immaterielle Vermögensbestandtheil für sich Gegenstand der Communio ist, dergestalt, daß man den Ausdruck Communio omnium bonorum lediglich als eine kurze Collectiv-Bezeichnung zu nehmen hat, wodurch eine Menge von Communiones in einen Ausdruck zusammengefaßt werden. Dies hat eine sehr practische Folge, welche schon hier angeführt werden mag, — daß nämlich die actio communi dividendo auf Theilung rücksichtlich der ungetheilt gebliebenen Objecte wiederholt angestellt werden kann. Anders bei der Concurrenz mehrerer Erben zum Nachlaß eines Verstorbenen. Hier bildet die Erbschaft, hereditas, ein immaterielles Ganze, weshalb von den Erben die actio familiae herciscundae nicht wiederholt angestellt werden kann rücksichtlich einzelner ungetheilt gebliebener Erbschaftsobjecte. L. 4. §. 2. D. Communi divid. (10. 3.) Vergl. L. 20. §. 4. D. Fam. herc. (10. 2.)

Digitized by Google

geht mit der allmähligen Entwickelung des Vermögensbegriffs. Es kann nicht bezweifelt werden, daß die ältesten Gegenstände der Communion Eigenthums-Objecte, — Sachen, unter diesen Grundstücke (ohne oder mit Prädialservituten) gewesen sind. Erst allmälig mit der Erweiterung des Vermögensbegriffs hat sich der Gegenstand der Communion erweitert.

Eine Communion kann auf dreifache Weise entstehen:

1) Mehrere Werthe, welche Bestandtheile des Vermögens verschiedener Personen sind, werden in einem und demselben Object vereinigt.

2) Mehrere Personen erwerben durch ein und dasselbe Ereigniß Werthe, welche bereits in einem und demselben Objecte verbunden sind.

3) Jemand macht einen ihm vollständig gehörigen Werth zu einem mit anderen Personen gemeinschaftlichen Werth.

Die Communion kann von den Interessenten beabsichtigt sein, also auf Vertrag beruhen; aber auch unabhängig von ihrem Willen entstehen. Im letzteren Falle sagen die Römer: incidimus in communionem [117]).

1) Der Vertrag, durch welchen eine Communion entsteht, fällt unter die Gattung der Verträge, welche die Römer societas nennen, und ist entweder eine societas rei unius oder omnium bonorum [118]). Die societas, von der hier die Rede ist, hat die Communio zum unmittelbaren und alleinigen Zweck, so daß, wenn die fraglichen Gegenstände gemeinschaftlich gemacht sind, damit

[117]) L. 31. Dig. Pro socio. (17. 2.)

[118]) L. 5. D. cod. —

Digitized by Google

der ganze Zweck der societas erreicht ist. Diese Societät ist wesentlich verschieden von derjenigen, welche wir früher Productiv-Gesellschaft genannt haben, und mit derselben überall nicht unter einen gemeinschaftlichen Gesichtspunct zu stellen [119]).

Dá derjenige, welcher eine ihm eigenthümlich gehörige Sache zur res communis macht, einen Vermögenswerth aufopfert, und überträgt, so wird er dies regelmäßig nicht ohne Entgeld thun, d. h. ohne einen entsprechenden Werth zurückzuempfangen. Die Rückleistung kann auf verschiedene Weise geschehen. Z. B. der socius A macht sein Haus, welches einen Werth von 10 hat, zur res communis und der socius B zahlt ihm dagegen baar 5 aus. Ein anderes Verfahren ist: auch der B macht seinerseits ein ihm gehöriges Grundstück vom gleichen Werth zur res communis. Man sieht hieraus, daß, wenn zwei socii Eigenthumsobjecte gegenseitig zur res communes machen, ein Austausch von Werthen Statt findet. Es kann dabei von einer Seite theilweise eine Schenkung Statt finden, wenn nämlich die beiderseitig zu conferirenden Gegenstände nicht gleichen Werth haben, gerade, wie wenn Jemand eine Sache unter dem Werthe verkauft animo donandi. Es liegt ferner stets in der Eingehung einer communio ein gewagtes Geschäft, indem die Unglücksfälle, welche die res communes treffen, gemeinschaftlich getragen werden. Einen besonders aleatorischen Character hat die societas universorum bonorum, wenn auch das künftige Vermögen der socii gemeinschaftlich werden soll, in diesem Falle kann der eine socius durch Glückszufälle und Talent des andern viel lucriren.

---

[119]) Dies geschieht dennoch durchweg in den Compendien. —

Digitized by Google

Der practiſche Zweck der socii, die eine communio rerum eingehen, kann kein anderer ſein, als die einſeitige Dispoſition eines socius auszuſchließen [120]).

2) Die Gründe, aus denen unabhängig von dem Willen der Intereſſenten eine communio entſtehen kann, ſind verſchieden.

a) die communio kann die reine Wirkung eines Naturgeſetzes ſein. Gegenſtände, welche verſchiedenen Perſonen gehören, verbinden ſich in Folge eines Naturgeſetzes dergeſtalt miteinander, daß eine Trennung und abgeſonderte Wiederherſtellung der Gegenſtände unmöglich iſt, z. B. Quantitäten von Flüſſigkeiten, welche verſchiedenen Perſonen gehören, vermiſchen ſich durch Zufall mit einander [121]). Das Recht, welches nie den practiſchen Standpunct aus den Augen laſſen darf, ſollte die mit großer Schwierigkeit verbundene Wiederherſtellung practiſch der Unmöglichkeit einer Trennung gleichſtellen. So, wenn verſchiedene Flüſſigkeiten ſich vermiſchen oder verſchiedene Metalle zuſammenſchmelzen und ihre Trennung nur durch eine chemiſche Analyſe ſtattfinden kann. Allein, wenn gleich einzelne römiſche Jurſten dieſer Anſicht waren [122]), ſo hat doch das römiſch Juſtinianiſche Recht

---

[120]) L. 28. D. Comm. div. (10. 3.): — in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse.

[121]) L. 3. §. 2. D. d. R. V. (6,1.): — Pomponius scribit; si quid, quod ejusdem naturae, est ita cunfusum est atque commixtum, ut diduci et separari non possint, non totum sed pro parte esse vindicandum; utputa, meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus vindicabimus.

[122]) — — si ex melle meo vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari, L. 5. §. 1. D. eod.

Digitized by Google

die entgegengesetzte Ansicht, — daß in diesem Falle[123]) keine communio eintrete, recipirt.

Es kann nicht auffallen, wenn das Recht aus derselben practischen Rücksicht die Vermengung von Gegenständen als eine Vermischung derselben behandelt, wenn die vermengten Gegenstände in ihrer Individualität unkenntlich werden. So, wenn Getreide derselben Art und Qualität mit einander vermengt wird[124]). Man würde es für durchaus practisch halten müssen, wenn das Recht den Fall ganz ebenso behandelte, wo zwar die vermengten Quantitäten kenntlich bleiben, aber ihre Trennung factisch unmöglich wird, z. B. wenn eine Quantität Weizen und eine Quantität Erbsen oder eine Quantität Weizen mit einer andern von verschiedener Qualität vermengt sind. Allein die römischen Juristen behandeln diesen Fall nicht als Communion, was um so auffallender ist, da der Vindicant sich jedenfalls mit dem Werth seines Getreides begnügen muß, indem eine Restitution in natura factisch unmöglich ist.

Der Fall, in welchem Einer der Interessenten die Ver-

---

[123]) L. 5. §. 1. eod. — ... non erit ea nostra communis, ... quia ab artificibus separari et in pristanam materiam reduci solet. Callisratus in l. 12. §. 1. d. A. R. D. (41. 1.)

[124]) L. 78. D. d. solut. (46. 3.) Vergl. §. 28. J. d. rer. divis. (2,1.): Quodsi frumentum Titii frumento tuo ... casu mixtum fuerit, ... non videtur commune esse. Diese Stelle handelt von dem Fall, in welchem das vermischte Getreide mindestens der Qualität nach verschieden und daher kennbar bleibt. Dieß ergiebt sich aus dem Schluß der Stelle: — ipse aestimet (judex) quale cujusque frumentum fuerit. Auch wäre kein irgend verständiger Grund ersichtlich die Vermengung, von Getreide anders als die Vermengung des Geldes (cit. l. 78.) zu behandeln. —

Digitized by Google

mischung oder Vermengung vorgenommen hat, wird rechtlich dem casus gleichbehandelt [125]).

b) Die Communion kann ferner durch einen positiven Rechtssatz entstehen. Dahin gehört der Fall, wo mehreren Personen ein und dasselbe Object als Vermächtniß hinterlassen wird. Ferner, wo mehrere Personen ipso jure in den Nachlaß eines Verstorbenen succediren. Denn, daß ein zum Nachlasse eines Verstorbenen gehöriges Object res communis bestimmter Personen wird, setzt die rechtliche Möglichkeit letztwilliger Verfügung, — und die Möglichkeit einer Singular-Succession voraus; daß der ganze Nachlaß einer Person sofort mit ihrem Tode res communis verschiedener Personen werden kann, setzt das Rechtsinstitut der heredes necessarii voraus.

c) Die Communion kann die Folge einer rein ökonomischen Anschauung sein. Z. B. der A nimmt auf seine Kosten eine Reparatur an dem Hause des B vor, fügt also einen Werth, den er aus seinem Vermögen consumirt, dem Hause des B zu. Es liegt hier ökonomisch eine Communion vor, indem ein Werth, welcher dem A gehörte, mit dem Hause des B verbunden ist.

In solchen Fällen wird stets die Frage sein, ob sich das Recht dieser ökonomischen Anschauung angeschlossen und sich ihm entsprechend gestaltet hat [126]).

d) Die Communion kann die Folge eines Societäts-Vertrages sein. So sind bei einer Productiv-Gesellschaft die erzielten

---

[125]) cit. §. 28. J. d. rer. div. (2. 1.): — si casu id mixtum fuerit vel Titius id miscuerit sine tua voluntate. Von der besondren Behandlung der Fabrikation aus fremden Rohstoffen ist an einem andern Orte die Rede gewesen. Heft I. S. 29 ff.

[126]) Vergl. unten S. ff.

Digitized by Google

Producte res communes, weil in jedem Product sich Werthe der einzelnen socii vereinigen, der Werth der Arbeit des einen socius und das in dem Product steckende Capital des andern socius.

Die Geschichte der Communion ist theilweise eine Geschichte ihrer Entstehung. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß die communio incidens die ältere ist, weil die vertragsmäßige bereits Speculation voraussetzt. Unter den Communionen, welche unabhängig von dem Willen der Interessenten entstehen, ist der Fall einer gemeinschaftlichen Erbschaft uralt, und man kann wohl mit Bestimmtheit sagen, so alt, wie die Geschichte der Völker.

Die Auflösbarkeit einer jeden Communion liegt in ihrem Begriff. Der Vertrag der Unauflösbarkeit einer Communion wird von den Römern für null und nichtig erklärt. Heutzutage giebt es jedoch Communionen, welche vertragsmäßig unauflösbar sind, so daß der einzelne socius nicht das Recht hat, die Auflösung zu verlangen. Eine solche Communion entsteht, wenn Capitalisten sich zu einer Actiengesellschaft vereinigen, um ein Product zu erzeugen, das demnächst von ihnen als stehendes Capital zu einer dauernden Industrie-Unternehmung dienen soll. So ist die Communion, deren Gegenstand eine auf Actien erbauete Eisenbahn ist, unauflösbar. Ja es bedarf nicht einmal einer ausdrücklichen Beredung dieserhalb, vielmehr wird der Vertrag der Unauflösbarkeit stillschweigend als vorhanden angenommen [127]).

Die Auflösung der Communion geschieht dadurch, daß die in dem gemeinschaftlichen Object verbundenen Werthe getrennt werden. Dies ist möglich:

---

[127]) Vergl. H. Thöl, Handelsrecht Bd. I. S. 47.

Digitized by Google

1) durch factische Theilung des gemeinschaftlichen Objects selbst. Der Begriff der Theilung beschränkt sich auf körperliche Gegenstände; eine Theilung ideeller Dinge ist undenkbar. Allein es hat einen Sinn, von der Theilbarkeit ideeller Dinge zu reden, wenn diese Nichts weiter sind, als Zeichen, welche körperliche Gegenstände repräsentiren. So kennt die Mathematik die Theilbarkeit von Ziffern und Buchstaben, und die Jurisprudenz die Theilbarkeit der ideellen bona civilia oder Rechte, sofern sie nichts weiter sind, als Surrogate körperlicher Gegenstände. Es giebt eine Theilbarkeit eines Rechts durch die Theilbarkeit seines Gegenstandes und die Theilung geschieht, indem man den Gegenstand theilt und jedem Communions-Interessenten das Recht an dem Theil oder auf den Theil zuweist.

Es lassen sich daher nicht bloß res communes, sondern auch eine gemeinschaftliche bonae fidei possessio [128]) einer Sache, ein gemeinschaftliches Pfandrecht [129]) an einer Sache; ein gemeinschaftliches Forderungsrecht [130]) auf eine Sache, eine gemeinschaftliche hereditas [131]) theilen. Man theilt die ex justo titulo und bona fide erworbene Sache und weist jedem Interessenten einen Theil zum Besitz an, so daß derselbe die actio Publiciana für diesen Theil bekommt und in conditionem usucapiendi gelangt; — die res pignorata, indem man jedem Communions-Interessenten (Pfandgläubiger) ein Pfandrecht an einem Theil einräumt, ein gemeinschaftliches Forderungs-Recht, indem man jedem Communions-Interessenten (Gläubiger) eine actio auf einen Theil der geschuldeten Sache giebt; man theilt

[128]) L. 7. §. 2. D. Comm. divid. (10. 3.): Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo judicium possunt exercere.

[129]) Siduo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile communi dividundo judicium dari. cit l. 7. §. 6.

[130]) L. 6. C. fam. hercise. (3. 36.)

[131]) Tit. Dig. 10. 2. Cod. 3. 36. Familiae heciscundae.

Digitized by Google

die hereditas, indem man die Erbschaftssachen theilt und jedem Miterben ein Recht an einem Theil jeder Erbschaftssache zuweist.

Es folgt, daß, wenn der Gegenstand des gemeinschaftlichen Rechts wiederum, wie das Recht selbst, immaterieller Natur ist, eine Theilung des Rechts nicht Statt finden kann Dahin gehören alle Rechte, deren Gegenstand in den Productiv-Diensten einer Sache oder einer Arbeitskraft bestehen, — mögen es jura in re oder Forderungsrechte sein, deren Gegenstand das uti frui an Sachen oder Abeitskräften ist[132]). Wenn die Römer die Emphyteuse für theilbar erklären[133]), so ist dies eine unjuristische, bloß practische Anschauung, welche darauf beruht, daß der Inhalt des emphyteutischen Rechts den Inhalt des Eigenthums fast ganz absorbirt; sie fassen hier nicht die Productiv-Dienste des fundus (das uti frui) sondern den fundus selbst als Gegenstand des Rechts auf, behandeln den fundus selbst als res communis. Um bei gemeinschaftlichen Nutzungsrechten eine Collision zwischen den Communions-Interessenten zu heben, kann man den fundus, — wie die Römer sich ausdrücken, — regionibus theilen, d. h. jedem Interessenten einen bestimmten Theil des Nutzungsobjects zur Nutzung zuweisen. Dann ist aber das Recht nicht getheilt, sondern die Communion bleibt bei Bestand. So beim usus-fructus an einem fundus, wenn dieser unter den Interessenten regionibus getheilt wird[134]).

Die Auflösung der Communion durch Theilung des ge-

---

[132]) Collisionen bei der Ausübung der Nutzungen können durch eine divisio loco et tempore beseitigt werden.

[133]) cit. l. 7. pr. Communi dividundo judicium locum etiam habet in vectigali agro.

[134]) cit. l. 7. §. 10.

Digitized by Google

meinschaftlichen Objects ist an manche Beschränkungen gebunden. Eine solche Theilung kann:

a) eine Vernichtung des ganzen gemeinschaftlichen Werths mit sich führen so z. B. die Theilung eines gemeinschaftlichen Sclaven oder Thiers;

b) sie kann eine theilweise oft beträchtliche Verringerung des gemeinschaftlichen Werths erzeugen.

Der Werth des ungetheilten gemeinschaftlichen Objects ist nicht selten viel größer wie die Summe der Werthe der Theile. Z. B. ein Edelstein ist mehr werth, als die Stücke, in welche er getheilt wird. Ein Grundstück ist oft viel mehr werth, als die Theile, in welche es gelegt wird, zusammengenommen.

c) Es ist unmöglich, eine Sache so zu theilen, daß alle Theile ihrem Werthe nach gleich sind, wenn gleich alle Theile zusammen den Werth des Ganzen haben. So bei einem Grundstück wegen der großen Bodenverschiedenheit an vielen Stellen.

d) Die Theilung des Objects kann, wenn auch nicht absolut unmöglich doch practisch so schwierig sein, daß die Schwierigkeit der Unmöglichkeit gleichkommt. So bei einer Quantität gemeinschaftlicher fungibler Sachen. Es ist factisch unmöglich, sämmtliche Körner, welche zusammen einen Scheffel Getreide bilden, zu zertheilen. In solchen Fällen ist die Auflösung der Communio durch Theilung des gemeinschaftlichen Objects (Sache oder Recht) ausgeschlossen. In dem zuletzt genannten Falle faßt man, weil die einzelnen Sachen keinen Individualwerth haben, die Quantität als ein gemeinschaftliches Object auf und kann dieses dann allerdings nach Zahl, Maß oder Gewicht unter die Interessenten theilen. In den andern Fällen ist nur eine Theilung dem Werthe nach

Digitized by Google

möglich, wenn nicht alle oder einzelne Interessenten beeinträchtigt werden sollen. Es wird also

2) das gemeinschaftliche Object durch Tausch in einen Gegenstand umgewandelt, welcher erstens beliebig getheilt werden kann, und zweitens eine solche Beschaffenheit hat, daß die noch so kleinen Theile zusammen stets den Werth des gemeinschaftlichen Ganzen haben. Ein solcher Gegenstand ist das Geld. Die Theilung geschieht also, indem das gemeinschaftliche Object (Sache oder Recht) durch Verkauf in eine Summe Geldes umgewandelt und diese dann nach Verhältniß der Antheile unter die Interessenten vertheilt wird. Bei gemeinschaftlichen Rechten, deren Gegenstand Geld ist, erfordert die Umwandlung in Geld nicht nothwendig den Verkauf des Rechts, sondern sie kann auch durch Realisirung des Rechts geschehen. Gemeinschaftliche Geldforderungen können eingezogen und die erhobene Summe dann getheilt werden. Gemeinschaftliche Prädialservituten können nach römischer Anschauung nur in und mit dem gemeinschaftlichen fundus dominans verkauft werden. Beim ususfructus, der Mehreren an derselben Sache zusteht, werden entweder die gemeinschaftlichen Früchte verkauft oder es findet eine Verpachtung der Productivdienste statt und die jedesmalige Pacht wird getheilt[135]). Dem Verkauf einer gemeinschaftlichen Erbschaft steht Nichts entgegen; die venditio hereditatis ist von den Römern durch bestimmte Rechtssätze geregelt[136]).

Ein Communions-Interessent kann es nöthig finden, die Communion aufzulösen, d. h. seinen ideellen Antheil als einen

---

[135]) cit. l. 7 §. 10: — vel locet usumfructum uni ex illi vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant.

[136]) Dig. 18. 4. C. 4. 39, Puchta Pand. §. 521.

Digitized by Google

realen, selbstständigen Werth zur Verfügung zu haben, entweder weil er den Werth anderweitig anlegen will oder weil er fürchtet, daß das gemeinschaftliche Object im Werthe sinken und er also bei längerem Bestande der Communion eine Einbuße erleiden werde. Wenn die Auflösung durch Vertrag nicht zu erreichen ist: so fordert das practische Bedürfniß gesetzlichen Zwang der Interessenten zur Theilung. Denn ohne diesen Zwang würden Communionen überall nicht eingegangen werden und andererseits ist die Staatsgesellschaft im hohen Grade dabei interessirt, daß solche Communionen entstehen. Bei der communio incidens erfordert die Rücksicht auf die Erhaltung der Ruhe und des Friedens im Staat die Zwangsauflösung der Communion. Außerdem würde ohne diesen Zwang jedem Communions-Interessenten willkührlich freistehen, durch Verweigerung der Theilung dem andern einen Vermögensschaden zuzufügen und der Schutz des Vermögens durch das Recht ist neben dem Schutz der Person die erste Bedingung der öffentlichen Wohlfahrt. Die Römer gaben daher jedem Communions-Interessenten das Recht, die Hilfe des Staats zwecks Auflösung einer bestehenden Communion in Anspruch zu nehmen. Die zu diesem Ende anzustellende Klage heißt: actio communi dividundo, bei einer gemeinschaftlichen Erbschaft: actio familiae herciscundae. Der Grund warum die erstere, nicht aber die letztere wiederholt angestellt werden kann, ist oben angegeben worden.

Die Geschichte der Communion ist theilweise eine Geschichte ihrer Zwangsauflösung. Eine Theilungsklage gab es ursprünglich bei den Römern nur für eine gemeinschaftliche Erbschaft. Die actio familiae herciscundae wird bereits in den Zwölftafeln erwähnt, bestand aber wohl schon lange vorher auf Grund eines Gewohnheitsrechts. Eine all-

Digitized by Google

gemeine Theilungsklage, — die actio communi dividundo ist viel später und wahrscheinlich erst durch das prätorische Edict eingeführt. Der Grund ist ohne Zweifel, daß der Fall der Communion sich lange Zeit hindurch lediglich auf den einer gemeinschaftlichen Erbschaft beschränkte. Erst als die Industrie in Rom sich entwickelte, als man anfing, Productiv-Gesellschaften einzugehen, und somit vertragsmäßig gemeinschaftliche Objecte entstanden, stellte sich das Bedürfniß einer allgemeinen, über den Fall der gemeinschaftlichen Erbschaft hinausgehenden, Theilungsklage heraus. Diese actio communi dividundo wurde anfangs nur für res corporales, d. h. Eigenthumsobjecte eingeführt, — ohne Zweifel, weil es außer der gemeinschaftlichen hereditas anfangs nur res communes gab, dann wurde sie als utilis actio, d. h. analog angewandt auf den Fall der gemeinschaftlichen bonae fidei possessio und weiter auf gemeinschaftliche Rechte, deren Gegenstand eine Sache war. Endlich sah man ein, daß beide Theilungs-Klagen, die actio communi dividundo und familiae herciscundae sich durch einen gemeinschaftlichen Gedanken zusammenfassen lassen, und wandte die besonderen Grundsätze der letzteren analog auf andere Communionen an. Es ist bemerkenswerth, daß auch hier die Römer vom Einzelfall zu einem allgemeinen Princip übergegangen sind. Ferner, daß die actio comm. div. die act. fam. herisc. nicht absorbirte, sondern die letztere neben ersterer bei Bestand blieb. Es zeigt sich hier wiederum der eigenthümlich römische Conservatismus im Festhalten des Bestehenden, auf den wir schon öfter hinzuweisen Gelegenheit gehabt haben.

Durch diesen gesetzlichen Zwang zur Auflösung der Communion werden die ideellen Antheile der socii an dem gemeinschaftlichen Object selbst Werth-Objecte, wiewohl ihre

Digitized by Google

Güter-Qualität nicht lediglich und allein auf dem Recht des socius beruhte, die Auflösung der Communion zu verlangen. Es mußten vielmehr mehrere Umstände concurriren, damit dieser Effect möglich wurde. Die Römer faßten 1) schon vor der Auflösung der Communion die ideellen Antheile als Vermögensbestandtheile des socii auf, und gaben ihnen rücksichtlich derselben gegen Verletzungen ganz denselben Schutz, wie für andere Vermögensbestandtheile. Die ideellen Antheile an einer res communis faßten sie nach Analogie körperlicher Eigenthumsobjecte auf, und die socii konnten gegeneinander, wie gegen Dritte, wirksam die Eigenthumsklagen gebrauchen [137]). Es entstand dadurch der Begriff des Miteigenthums an eine res corporalis, den die römischen Juristen durch: „totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere" ausdrücken, und der Begriff des Mitbesitzes, den sie als „possessio certae partis pro indiviso" bezeichnen. Eine Folge dieser analogischen Auffassung war: 2) die Uebertragbarkeit, d. h. Tauschfähigkeit dieser ideellen Antheile als solcher [138]). Daß man aber 3) für diese ideellen Dinge im Verkehr einen andern Werth gab, beruhte auf ihrer Realisirbarkeit, d. h. auf den Theilungsklagen. Bei Actiengesellschaften, bei denen die Theilungsklage rücksichtlich des stehenden Capitals ausgeschlossen ist, hat also das Mit-

---

[137]) L. 28. D. Commun. div. (10. 3.). L. 6. D. d. R. V. (6. 1.): Si in rem aliquis agat, debet designare rem, utrum totam an partem et quotam petat.

[138]) L. 6. L. 68 pr. D. pro socio (17. 2.) Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint. L. 3. C. d. comm. rer. alienat. (4. 2.). Falso tibi persuasum est, communis praedi portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur; tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

Digitized by Google

eigenthum an der res communis z. B. an einer Eisenbahn keinen Tauschwerth. Der Preis, den man für eine Actie erhält, ist also nicht der Preis für das zuständige Miteigenthum, sondern für den Gewinn, den der Käufer sich von der Theilnahme an dem productiven Unternehmen der Actionaire verspricht.

Es sind also die ideellen Antheile an einem gemeinschaftlichen Object eine Waare, und sämmtliche Antheile an einem Object können eine generisch bestimmte Waare bilden, z. B. die 128 Parte eines bestimmten Schiffes. Es giebt Gegenstände, welche regelmäßig nur als res communes vorkommen, weil sie durch die Bestimmung, welche sie haben, sehr leicht beschädigt werden oder untergehen können, z. B. Schiffe. Dadurch können die ideellen Antheile an solchen Gegenständen eine generisch bestimmte Waare bilden z. B. Schiffsparte überhaupt. So giebt es einen Marktwerth ideeller Antheile an gewissen generisch bestimmten Objecten z. B. einen Marktwerth von Schiffsparten.

Weil die ideellen Antheile an einem gemeinschaftlichen Object eine Waare sind: so ergiebt sich, daß ein socius seinen Antheil aus der Communio herausziehen, den ideellen Werth realisiren kann, ohne daß es einer Auflösung der Communio bedarf; er verkauft den ideellen Antheil als solchen und überträgt ihn. Die Communion bleibt bei Bestand, — ein socius hat für sich einen andern substituirt. Regelmäßig wird aber der austretende socius hiebei eine Einbuße erleiden; denn für einen ideellen Werth giebt Niemand so viel, wie für einen realen. Der Werthunterschied wird um so geringer sein, je leichter und billiger die Auflösung der Communion zu beschaffen ist. Ein sehr einfaches und kurzes Verfahren findet seerechtlich bei gemeinschaftlichen Schiffen statt, indem jeder Mitrheder

Digitized by Google

das Recht hat, das Schiff zu „setzen". Das heißt: er kann erklären, daß er für das Schiff so und so viel geben wolle; dann sind die andern socii rechtlich verbunden, entweder ihm das Schiff zu diesem Preise zu lassen oder einen höhern Bot zu thun und ihm dann in kurzer Frist seinen Antheil auszuzahlen.

Es ergiebt sich ferner, daß eine Communion aufgelöst werden kann, ohne daß es einer Theilung bedarf. Der eine socius kann seinen ideellen Antheil an den andern socius verkaufen. In diesem Fall wird der Preis, den er empfängt, gleich sein mit dem Werthe, den er bei einer wirklichen Theilung empfangen haben würde, weil der ideelle Antheil, welcher von dem einen socius auf den andern übertragen wird, sich von selbst sofort in einen realen verwandelt. Es ergiebt sich ferner, daß, wenn die Communion mehrere verschiedene Objecte umfaßt, die Auflösung so geschehen kann, daß die einzelnen Objecte unter die socii vertheilt werden, wobei dann der eine socius mehr Objecte, wie der andere erhalten kann, wenn die Objecte Werthe von verschiedener Größe repräsentiren. Auch eine communio omnium bonorum kann auf diese Weise aufgelöst werden.

Von selbst versteht sich, daß auch der Theilungsrichter nach Ermessen jeden möglichen Modus zur Auflösung der Communion einschlagen kann.

Wir haben schließlich noch die oben angedeuteten Fälle kurz zu erörtern, in welchen das Recht die ökonomisch bestehende Communion von Werthen ignorirt.

1) Ein Rechtssatz zieht die Grenze, dergestalt, daß die Communion im Augenblick ihrer Entstehung sofort aufgehoben wird. Dies ist der Fall, wenn ein Baum, ein Stein, ein Mauerwerk auf der Grenze zweier Grundstücke steht. Solche

Digitized by Google

Gegenstände sind nicht res communes der Nachbarn, sondern nach einem bestehenden Rechtssatze theilt die Grenze der Grundstücke realiter diese Objecte[139]). Diese rechtliche Gestaltung beruht ohne Zweifel auf der Anschauung, daß Pflanzen und Steine keine selbstständige Existenz haben, sondern als bloße Unebenheiten und Auswüchse des Bodens angesehen und ein Mauerwerk wie ein künstlicher Felsen aufgefaßt wird. Nur wenn diese Gegenstände vom Boden getrennt werden, entsteht auch juristisch eine Communion[140]). Ferner wird die insula in flumine nata und das von einem öffentlichen Flusse verlassene Bett den anliegenden Grundeigenthümern zugesprochen; allein sie wird nicht res communis, sondern sie ist mit ihrer Entstehung sofort realiter durch einen Rechtssatz getheilt[141]). Dies beruht auf der Vorstellung, daß das Flußbett zu den anstoßenden Grundstücken gehört, und daß das Eigenthum nur so lange suspendirt ist, als ein öffentlicher Fluß das Bett occupirt hat[142]).

Eine solche Cummunio de facto und de jure wird unterschieden durch die Ausdrücke: res communis pro diviso und

---

[139]) L. 19. D. Comm. divid. (10. 3.): Arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdin cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt nec in communi dividudo judicium veniunt.

[140]) cit. l. 19. pr. — sed quum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo judicium; nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur.

[141]) l. 7. §. 3. D. d. A. R. D. (41. 1.): — Jnsula — — in flumine nata — — — si quidem mediam partem fluminis tenet communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

[142]) Vgl. Puchta Pand. §. 165.

Digitized by Google

pro indiviso[143]). Forderungen endlich, deren Gegenstand theilbar ist, sind unter den Communions-Interessenten ipso jure getheilt[144]).

2) Es findet für einen oder mehrere Interessenten eine wirkliche Expropriation statt, aber eine Entschädigungsforderung tritt an die Stelle des verlorenen Werths. Hieher gehören alle die Fälle, welche unter der bekannten Rubrik: Eigenthumserwerb durch Accession[145]) aufgeführt werden. Die Entschädigungsforderung fällt weg:

a) wenn Jemand animo donandi einen Werth mit einem fremden Gegenstand verbunden hat[146]);

b) wenn die Verbindung unter dem Begriff der Reparatur oder der Melioration fällt.

Allerdings liegt in diesem Falle eine grundlose Bereicherung dessen vor, dessen Sache reparirt oder meliorirt ist. Allein, fände hier ein rechtlicher Zwang zur Erstattung der impensae necessariae oder utiles statt, so hieße das mit andern Worten, Jedermann könne uns willkührlich nöthigen, ein Capital, das wir zu anderweitigen Zwecken bestimmt hätten, zur Reparatur oder Melioration unserer Sachen zu verwenden. Diese Willkühr Dritter in Ansehung unseres Vermögens widerstreitet den ersten Principien der National-Oekonomie und kann daher vom Rechte nicht geschützt werden. Die rechtliche Gestaltung der Sache wird eine andere, wenn derjenige, welcher die Reparatur vorgenommen oder meliorirt hat, im Besitz der meliorirten Sache ist und dem Vindicanten der Sache gegenüber steht.

---

143) cit. l. 19. pr. D. Comm. divid. (10. 3.)

144) cit. l. 6. l. Fam. herc. (3. 36.)

145) Puchta Pand. §. 164.

146) Puchta Pand. §. 165, Note m.

Digitized by Google

Hier hat er ja den Werth in Händen, den er vom Eigenthümer der Sache verlangt, wenn gleich dieser Werth in der Sache steckt und keine selbstständige Existenz hat. Das Recht kann nicht hindern, daß er das Seinige retinirt und wenn man andererseits behaupten wollte, das Recht müßte doch dem Eigenthümer zum Besitz seiner Sache verhelfen, so tritt eben der Grundsatz ein: in pari causa melior est conditio possidentis. Der Eigenthümer wird, wenn er in Besitz der reparirten oder meliorirten Sache gelangen will, indirect gezwungen, dem Besitzer den Werth der Impensen herauszugeben. So entscheidet denn auch das römische Recht; jedoch macht es eine Ausnahme beim malae fidei possessor. Nur in so fern nimmt es ihn in Schutz, als es ihm gestattet, die Melioration, wenn sie sich körperlich darstellt, und ohne Beschädigung der Sache von ihr abtrennbar ist, wegzunehmen. Denn das Recht kann dem Vindicanten nie Mehr zusprechen, als ihm gebührt. — Die mala fides des Besitzers ist kein Grund, den Eigenthümer zu bereichern. Es ist merkwürdig, daß die römischen Juristen einen Unterschied machen zwischen Reparatur und Melioration und dem entsprechend unterscheiden: impensae necessariae und utiles. In beiden Fällen ist zu der Sache ein Werth hinzugesetzt und es kann vernünftiger Weise keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung machen, ob Jemand aus seinem Vermögen zu einer fremden beschädigten oder unbeschädigten Sache einen Zusatz gemacht hat. Dessenungeachtet wird auch dem malae fidei possessor rücksichtlich der impensae necessariae ein Retentionsrecht gegeben, während ihm rücksichtlich der impensae utiles nur das jus tollendi eingeräumt wird [147]).

[147]) Siehe Puchta Pand. §. 171.

Digitized by Google

III.

Industrie und Verkehr. — Das Recht der Industrie und das Verkehrsrecht.

Wo in einem Staate „Arbeitstheilung" besteht, kann die Freiheit der Staats-Angehörigen, einen bestimmten Industriezweig zu wählen, beschränkt sein. Dann unterscheidet man: Gewerbe-Freiheit und Gewerbe-Zwang. Der letztere kann in doppelter Art statt finden. Man kann direct genöthigt werden, ein bestimmtes Gewerbe zu treiben. So werden diejenigen, welche sich in wirklicher oder factischer Leibeigenschaft befinden, gezwungen, Ackerbau zu treiben und beim Unternehmer als Tagelöhner zu arbeiten. Der Gewerbezwang kann aber auch ein indirecter sein, insofern man von dem Betrieb bestimmter Gewerbe ausgeschlossen ist. So kann da, wo die Leibeigenschaft aufgehoben ist, wegen mangelnder Freizügigkeit der Bewohner des platten Landes von Fabrication und Handel ausgeschlossen sein; es kann ferner ein bestimmter Industriezweig in einem Staate oder in einer Stadt einem einzigen Individuum oder einer geschlossenen Zahl von Individuen zugewiesen sein. Ein solches, die Uebrigen ausschließendes, Privilegium heißt Monopol. Es ergiebt sich von selbst, daß es so viele Monopole geben kann, als es Industriezweige giebt. Ein Monopol heißt Regal, wenn es einer Staatsregierung zusteht. Wo an einem Orte diejenigen, welche ein bestimmtes Gewerbe treiben, eine Corporation, — Zunft bilden, da heißt im Falle der

Digitized by Google

Monopolisirung die Zunft eine geschlossene. Ist — z. B. aus Rücksicht der öffentlichen Wohlfahrt oder aus finanziellen Rücksichten — zum Betrieb eines Gewerbes die Einwilligung der Staatsregierung oder einer Behörde nothwendig: so heißt diese Beschränkung der Gewerbefreiheit: Concessionszwang. Es kann dem Erfinder eines der Gesellschaft nützlichen Fabricats als Vergütung für seine auf die Erfindung verwendete Arbeit und Capitalien ein Monopol auf bestimmte Zeit eingeräumt werden; dann nennt man das Monopol ein Patent. In dieselbe Kategorie gehört das Privilegium der Schriftsteller und Künstler rücksichtlich ihrer literarischen und artistischen Erzeugnisse, insofern sie eine bestimmte Zeit hindurch gegen Nachdruck geschützt sind. Die Personificirung von Grundstücken, welche in Zeiten niederer Cultur überall hervortritt, hat dahin geführt, für den Betrieb mancher Gewerbe bestimmte Grundstücke zu monopolisiren. Solche Monopole nennt man: Realrechte im Gegensatz zu den ebenfalls auf Personificirung von Grundstücken beruhenden Reallasten. Die Rechtssätze, durch welche dergleichen Monopole eingeführt worden, zerfallen demnach in Personal- und Real-Privilegien.

Das deutsche Mittelalter zeichnet sich aus durch die Tendenz, die Productionszweige unter bestimmte Individuen zu vertheilen. Es hat das Princip des Gewerbezwangs. Wir haben die wirkliche und factische Leibeigenschaft bereits erwähnt. Gewisse ländliche Grundstücke konnten nur von einer gewissen Classe von Personen erworben werden. Dahin gehören adliche und Bauergüter. Gewisse Landgüter blieben auf bestimmte Familien beschränkt. Dahin gehören die Stammgüter und Familien-Fideicommisse. Dadurch wurden Viele vom Betrieb des Ackerbaues ausgeschlossen. Eine weitere Ausschließung lag in der verfassungsmäßigen Untheilbarkeit

Digitized by Google

großer Landgüter. Die Juden waren meistens vom Erwerb der Grundstücke ausgeschlossen. In den Gewerben herrschte ebenfalls das Princip der Monopolisirung. Der Betrieb der meisten Handwerke war bedingt durch die Mitgliedschaft einer Zunft. Die meisten Zünfte waren geschlossene. Eine Reihe von Fabricaten war überdies in der Art monopolisirt, daß dem Monopolisten (Person oder Grundstücke) ein bestimmter Kreis von Consumenten zugewiesen war, welche das Fabrikat ausschließlich von ihm beziehen mußten. Solche Fabricate waren vorzugsweise: Mehl, Bier, Wein und Brod. Diese Monopole nannte man Bannrechte, und unterschied: Mühlen-Zwang, Bier-Zwang, Kelter- und Backofen-Zwang. Oft war nicht das Fabrikat, sondern nur die zu dessen Herstellung nöthige Arbeit monopolisirt, so daß man dem Monopolisten die Rohstoffe brachte, z. B. dem Müller das Korn, dem Bäcker das Mehl oder den zugerichteten Teig. Die Monopolisten konnten daneben eine Zunft bilden, wenn sie auch, wie z. B. die Windmüller, über ein Territorium zerstreut waren. Eine Anzahl von Gewerben bildeten Monopole einzelner Landesherren. Solche Regalien sind: der Bergbau, die Salzproduction, die Münzfabrication, das Fuhrwesen, — Postregal.

Seit dem Anfange dieses Jahrhunderts hat das Studium der National-Oeconomie allmählig in Deutschland die Ueberzeugung begründet, daß die Beschränkung der Gewerbefreiheit, mit Ausnahme einiger weniger Gewerbe eine große Ungerechtigkeit gegen die Excludirten und namentlich gegen die künftigen Generationen sei. Eine große Menge von Staatsangehörigen wird dadurch zur Unthätigkeit und Armuth verdammt, und zahllose Individuen machen, wenn sie den ersten Blick ins Leben werfen, die niederschlagende Bemerkung, daß für sie kein Platz mehr vorhanden ist an der großen Tafel der Nation. Anderer-

Digitized by Google

seits wird eine Menge begünstigter Menschen in Faulheit reich. Man ist ferner zu der Ueberzeugung gelangt, daß jene mittelalterlichen Einrichtungen der öffentlichen Wahlfahrt beträchtlich schaden. Viele Arbeitskräfte werden dem Staate entzogen, eine Menge von Talenten gelangt gar nicht zur Entwickelung und Production. Die Monopolisten liefern schlechte Fabricate und lassen sich diese theuer bezahlen. So entstand, wie anderwärts, auch in Deutschland der Kampf der Gewerbefreiheit gegen den Gewerbezwang, d. h. der Kampf der Humanität und der gesunden Vernunft gegen privilegirte Kasten. Derselbe ist in einzelnen Ländern Deutschlands mit mehr oder weniger Glück geführt, in manchen Territorien kaum begonnen. Es stehen sich daher in unserem Vaterlande blühende Staaten mit voller Gewerbefreiheit und arme Staaten mit vollem Gewerbezwang gegenüber. Da sich indessen die öffentliche Meinung jetzt überall für die Gewerbefreiheit ausspricht: so eröffnet sich die erfreuliche Aussicht, daß jene alten Institutionen, welche die Industrie geknebelt halten, bald beseitigt sein werden.

Jenem Gewerbezwang, soweit er noch existirt, entspricht ein Complex von Rechtssätzen, welche in einzelnen deutschen Territorien einen großen Bestandtheil des Particular-Rechts bilden.

Dahin gehören:

1. Ueberreste der Leibeigenschaft, welche bei Aufhebung derselben festgehalten sind; namentlich die Rechtsnormen, welche eine factische Leibeigenschaft conserviren.
2. Verordnungen, welche das Heimathsrecht behandeln, d. h. die Freizügigkeit beschränken
3. Singuläre Bestimmungen über den Erwerb gewisser landwirthschaftlicher Grundstücke.
4. Fideicommißordnungen.

Digitized by Google

5. Ein umfängliches Zunftrecht: Gesetze, Statuten, Observanzen und Gewohnheiten.
6. Rechtssätze über die bestehenden Regalien.
7. Rechtssätze über concessionirte Gewerbe.

Dieser ganze Complex von Rechtsnormen ist im Rechtssystem der natürlichen Gewerbefreiheit als Recht des Gewerbezwangs entgegenzusetzen.

Der Verkehr umfaßt alle Geschäfte, welche die Herstellung der Productivkräfte in der nöthigen Stärke, die Vereinigung derselben, ihre Trennung, endlich den Umsatz der Producte, unmittelbar oder mittelbar, bezwecken. Dieser, von allen Gliedern der menschlichen Gesellschaft ewig verfolgte und ewig wiederkehrende Zweck erzeugt und erhält eine fortwährende Bewegung, ein ununterbrochenes Leben und Treiben unter den Menschen, das der gemeine Mann ebenfalls mit dem Ausdruck „Verkehr" bezeichnet, ohne sich bewußt zu sein, daß diese geräuschvolle Bewegung, so bunt auch alles durcheinander wimmelt, der einfache geregelte und monotone Gang einer großen Maschine ist.

I. Die Herstellung des Arbeitsfactors und des Capitalfactors in der nöthigen Stärke, geschieht durch Association. Diese ist entweder
   1. ein Capitalverein. Wollen sich die socii nur mit einer Quote des erforderlichen Gesammtcapitals betheiligen, dergestalt, daß sie im schlimmsten Falle Nichts weiter verlieren können, als die gezeichnete Actie; so heißt die societas eine Actiengesellschaft. Den Gegensatz hat man Collectiv-Gesellschaft genannt.
   2. ein Arbeiter-Verein. Alle productiven Arbeiter zerfallen: in Gelehrte, Unternehmer und Handarbeiter. Es giebt daher:

Digitized by Google

a) Gelehrten-Vereine. Sie sind so mannigfaltig, als es Zweige der Wissenschaften giebt. Von besonderer Wichtigkeit für die Erzielung materieller Producte sind die naturforschenden Gesellschaften.

b) Unternehmer-Vereine. Sie sind so mannigfaltig, als es verschiedene Arten productiver Arbeit oder Industrie-Zweige giebt

II. Die Vereinigung der Productivkräfte. Sie geschieht:

1. ebenfalls durch Association. Diese haben wir Productiv-Gesellschaft genannt. Auch ist bemerkt worden, daß sie selten rein, als Verbindung der bloßen Arbeit mit dem bloßen Capital vorkommen. Will der socius, welcher den Capitalfactor bildet, in dieser seiner Eigenschaft dem Publicum unbekannt bleiben: so nennt man in einem solchen Fall die Productivgesellschaft eine Commanditen-Gesellschaft. Dieser stille Gesellschafter tritt also nie mit dem Publicum in directe Beziehung, und haftet nur indirect aus den Creditgeschäften, welche der andere socius (Complementar genannt) abschließt, nach Maaßgabe der Bedingungen des Societätscontracts.

2. durch Credit, und zwar:

a) durch Credit-Vertrag. Diesen schließt entweder

α) der Arbeits-Factor, um die nöthigen Productiv-Dienste eines Capitals herbeizuschaffen. Diese verschiedenen Creditverträge lassen sich unter dem allgemeinen Ausdruck „Capital-Miethe" zusammenfassen, und sind:

αα) das zinsbare Darlehen,

ββ) die Sachen-Miethe.

Beide Geschäfte können in der Form des Kauf-

Digitized by Google

contracts auftreten und heißen dann: Creditkauf und Pränumerations-Kauf,

oder:

β) der Capital-Factor, um die nöthigen Productivdienste der Arbeit heranzuziehen. Diese verschiedenen Creditverträge lassen sich unter dem allgemeinen nen Ausdruck „Dienstmiethe" zusammenfassen, und sind:

αα) die locatio conductio operarum,

ββ) locatio conduct. operis.

Wenn der Arbeitslohn ganz oder theilweise in anderen Werthobjecten, als Geld bezahlt wird: so entstehen Modificationen. Dahin gehören:

1) der Gesindevertrag, 2) der Gesellenvertrag, 3) der Hoftagelöhnervertrag, 4) der Vertrag des Gutsherrn mit den Frohnbauern und 5) ehedem der Lehens-Contract.

Ausnahmsweise erhält man die Productivdienste von Arbeit oder Capital umsonst. Diese Ausnahmen sind:

1) der Capital-Miethe gegenüber: das zinsenlose Darlehen, das Commodat und Precarium; 2) der Dienstmiethe gegenüber: das Mandat. Besteht die Dienstleistung in der Aufbewahrung (custodia) einer Sache, so unterscheiden die Römer noch näher: das mandatum custodiae und das depositum. Eine eigenthümliche Erscheinung ist, daß die Pflicht zu Dienstleistungen erlassen wird, aber der Lohn fortläuft. So bei den heutigen Lehensverhältnissen; die Pflicht des Vasallen zu Kriegsdiensten ist weggefallen, aber der Vasall behält die erbliche Nutzung des Lehens.

b) durch einseitig gegebenen Credit. Der creditirte Werth ist hier entweder eine Dienstleistung oder ein Capital-Aufwand. Durch einseitiggegebenen Credit, wird also

Digitized by Google

α) dem Capitalfactor Arbeit,

β) dem Arbeitsfactor Capital

zugeführt.

III. Die Trennung der Productivkräfte.

1) Die Auflösung der Associationen, der Miethcontracte und derjenigen Verträge, durch welche schenkungsweise die Nutzung von Capital oder Arbeit eingeräumt wird. Abgesehen von den Fällen, in denen die Auflösung ipso jure eintritt, geschieht sie theils durch einseitige Kündigung, theils durch einen besonderen Auflösungs-Vertrag — dissensu. — Eine Folge der Auflösung ist

2) die Restitution creditirter Capitalgegenstände. Sie geschieht in specie oder in genere, oder dem Werthe nach, d. h. in Geld, und heißt im ersten Fall bei Grundstücken Räumung. Wenn durch die Vereinigung der Productivkräfte gemeinschaftliche Werthe entstehen, so liegt bei der Auflösung der Communion eine gegenseitige Restitution vor.

IV. Der Umsatz der Producte. Derselbe geschieht heut zu Tage regelmäßig durch Verkauf und Kauf. Die Producte sind materielle oder immaterielle. Zu den letzteren gehören die Producte der Gelehrten und Künstler. Sie sind Theoretiker oder Practiker. Was sie für ihre Producte bekommen, nennt man Honorar, wiewohl es ein wirklicher Preis ist. Die Theoretiker überliefern ihre Productionen entweder in mündlicher Rede oder in Schrift und Druck. Im letzteren Falle kann der Producent selbst den Druck und Verkauf der Exemplare besorgen — oder er verkauft das Manuscipt. Uebernimmt im letzteren Falle der Käufer bestimmte Verpflichtungen,

Digitized by Google

wohin namentlich gehört, das Werk drucken zu lassen und zu veröffentlichen, so heißt der Vertrag: Verlagsvertrag, der Käufer: Verleger.

Der Complex von Rechtsnormen, welche die Verkehrsgeschäfte reguliren, bildet das Verkehrsrecht neben dem Recht der Industrie, d. h. den rechtlichen Einschränkungen der natürlichen Freiheit der Arbeit.

Digitized by Google

IV.

Consumtion der Güter.

Die Begriffe: — Untergang, Consumtion, Deterioration der Güter sind oben festgestellt worden [148]).

Die Zerstörung eines Werths kann die unmittelbare Wirkung oder bloße Folge eines Ereignisses sein; sie kann geschehen durch das Ereigniß an sich oder durch Mitwirkung sonstiger Umstände. Die letztere ist entweder der Einfluß von Naturgesetzen [149]) oder positiven Rechtsnormen, d. h. juristischer Consequenz [150]).

Man kann untergegangene Werthe als eine Differenz auffassen zwischen dem Vermögen wie es war und wie es ist und sie passend mit dem Ausdruck „Interesse" bezeichnen. Insofern dieses Interesse größer sein kann, als der Marktwerth des zerstörten Objects, unterscheiden die Römer das verum rei pretium und das id quod interest [151]).

Es ist früher erörtert worden, wie die römischen Juristen neben dem Tauschwerth den Gebrauchswerth entdeckten [152]); dem entsprechend haben sie auch neben der Zerstörung des

---

[148]) Heft I. S. 17 u. 18. Die Verpflichtung zur Leistung eines Werths ist schon Verlust desselben. Heft II. S. 19. vgl. L. 28. D. de neg. gest. (3. 5): — id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

[149]) Dahin sind auch die volkswirthschaftlichen Gesetze zu rechnen.

[150]) z. B. die Verwirkung einer Conventionalpoen.

[151]) L. 50. pr. D. de furt. (47. 2).

[152]) Heft II. S. 9.

Digitized by Google

Tauschwerths die Zerstörung des Gebrauchswerths. Sie verstehen darunter den verlorenen Werth der Productiv-Dienste irgend eines Capitals oder einer Arbeitskraft, welche eine bestimmte Zeit hindurch lahm gelegen. Sie unterscheiden demnach von dem eigentlichen damnum, d. h. Zerstörung des Tauschwerths die verlorene utilitas, d. h. Zerstörung des Gebrauchswerths [153]); rücksichtlich des letzteren trennen sie wieder 1) das omne omnino, quod quis lucrari potuerit; 2) die utilitas circa rem ipsam, d. h. den Werth der verlornen Productiv-Dienste für die fragliche Zeit berechnet [154]). Um den Unterschied dieser beiden Begriffe scharf aufzufassen, muß man beachten, daß jeder producirte Werth durch Vereinigung von Arbeit und Capital entsteht und daß von dem Werthe eines Products berechnet werden kann, welcher Theil auf die Productivität der Arbeit und welcher Theil auf die Productivität des Capitals fällt. Der letztere ist das, was mit dem Ausdruck utilitas circa rem bezeichnet wird [155]). Derselbe Unterschied wird bezeichnet durch die Ausdrücke propter negotiationem und ex re [156]). So erweiterte sich der ursprünglich auf das damnum beschränkte Begriff des Interesses auf den ver-

---

153) — — multum interesse, sagt Ulpian — utrum damnum quis faciat, an lucro, quo adhuc faciebat, uti prohibeatur. l. 26. D. de damno inf. (39. 2).

154) l. 21. §. 3. D. d. A. E. E. V. (19. 1.) l. 19. D. de periculo (18. 6.) Diese sehr scharfsinnige, ökonomisch durchaus begründete und nothwendige Distinction nennt v. Vangerow einen „hingeworfenen Ausdruck" des Paulus! Vgl. v. Vangerow's Leitfaden, Bd. III. S. 48.

155) Die römischen Juristen sind sich über diesen Begriff nicht vollkommen klar gewesen; sie haben die Bedeutung der utilitas circa rem mehr gefühlt als eingesehen. Sie geben daher nur Beispiele, keine Begriffsbestimmung. Die heutigen Civilisten stehen aus demselben Grunde auf demselben Standpuncte.

156) L. 21. D. de her. vel. act. vend. (18. 4.)

Digitized by Google

lorenen Gewinn [157]). Daß nicht bloß beim damnum, sondern auch bei der Vorenthaltung von Productivdienſten ein mittelbarer Schade vorkommen kann, bedarf keiner Bemerkung.

Für die Berechnung des Intereſſes in concreto ſind zwei Fälle zu unterſcheiden: — erſtens der Fall einer Werthzerſtörung, zweitens der Fall der verhinderten Benutzung der Productivdienſte von Arbeit oder Capital, d. h. die Verhinderung einer Wertherzeugung. Was

den erſten Fall

betrifft: ſo iſt hier zunächſt Folgendes zu beachten. Der Werth einer Sache umfaßt den Werth aller ihrer Productivdienſte; denn in dem Geſammtwerth der letzteren beſteht der Werth der Sache: — nur wegen ihrer Productiv-Dienſte hat eine Sache überhaupt Werth. Aber der Werth einer Sache umfaßt nur den Werth ihrer Productivdienſte an ſich, ohne Rückſicht auf die Induſtrie, welche dieſelben zur Production benutzt. — Man könnte dies ſo ausdrücken: — der Werth einer Sache umfaßt omnis utilitas circa rem [158]). Wenn alſo eine Sache zerſtört iſt: ſo kann man bei der Berechnung des Schadens nur den Werth der Sache, nicht daneben auch die utilitas circa rem in Anſchlag bringen. Nur für die Zeit vom Augenblick der Zerſtörung bis zum Augenblick des wirklichen Erſatzes kann noch die utilitas circa rem in Anſchlag

---

[156]) Daß dies eine Erweiterung des urſprünglichen Begriffs war, ſq, daß zu Juſtinian's Zeit Mancher noch zweifeln mochte, ob auch das lucrum cessans zum Intereſſe gehöre, ergiebt ſich aus l. un. C. de sent. quae pro eo quod interest proferuntur (7. 47.), wo es heißt: Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt.

[157]) Von einem beſondern Gebrauchswerth einer Sache kann nur die Rede ſein für einen beſtimmt begrenzten Zeitraum; abgeſehen von dieſem Fall fällt Tauſchwerth und Gebrauchswerth zuſammen.

Digitized by Google

kommen. Hieher gehört namentlich der inzwischen gestiegene Marktwerth der Sache. Rücksichtlich der Berechnung des Werths der zerstörten Sache ist für den Kaufcontract zu beachten, daß der Werth der res vendita vereinbarungsmäßig durch den Kaufpreis bestimmt ist [159]). Im Falle der Zerstörung der res vendita vor der Tradition kann der Werth der Sache nur zur Höhe des Kaufpreises veranschlagt werden [160]). Es ist ferner zu bemerken, daß wenn das Kaufobject nicht rechtzeitig geleistet wird, so daß der Käufer gar keinen Gebrauch mehr davon machen kann und vom Handel zurücktritt, dies für ihn einer Zerstörung der res vendita gleich zu achten ist. Aus dem eben Gesagten folgt, daß in diesem Fall der zerstörte Werth nicht höher zu veranschlagen ist, als das Kaufpretium sich beläuft [161]). Anlangend

Zweitens

den Fall, wo Jemandem die Productiv-Dienste an Kapital oder Arbeit eine bestimmte Zeit hindurch vorenthalten sind; so kommt es für die Berechnung des Interesses nicht auf die Frage an, ob der, welcher uns an der Benutzung eines Capitals oder einer Arbeitskraft verhindert hat, mittelst derselben während dieser Zeit selbst producirt hat oder nicht, und ob wir solche erzielten Producte rechtlich in Anspruch nehmen können, oder nicht. Dies ist eine Frage für sich [162]). Auch kommt es, wenn die Productivdienste des fraglichen Capitals oder der fraglichen

---

[159]) Heft IV. S. 29.

[160]) Vgl. unten Seite 115.

[161]) Hierauf beruht die Entscheidung in cit. l. 21. §. 3. D. d. A. E. V. — — pretium tritici — — — consequitur.

[162]) Die Lehre vom objectiven negotium alienum (Dankwardt, die Neg. gest. S. 35.) und vom Ersatz des lucrum cessans stehen eng mit einander in Verbindung.

Digitized by Google

Arbeit inzwischen lahm gelegen haben, nicht darauf an, was derjenige, der sie uns vorenthalten hat, damit hätte produciren können, sondern was wir inzwischen damit hätten produciren können [163]).

Dabei könnten wir

1) an eine Berechnung des omne omnino, quod lucrari potuissemus denken; allein dabei würden wir in das Gebiet bloßer Möglichkeiten hinübertreten: — dieses omne lucrum läßt sich mit Sicherheit überall nicht berechnen [164]), sondern nur
2) die utilitas circa rem ipsam.

Den Maßstab für die Berechnung giebt die für einen bestimmten Ort zu berechnende: Grundrente bei vorenthaltenen Grundstücken; Capitalrente bei vorenthaltenen Capitalien; Industrierente bei vorenthaltener Arbeit. Da der Werth eines Gegenstandes gleich ist dem Gesammt-Werth seiner Productivdienste: so folgt, daß bei vorenthaltenen Productivdiensten nie mehr ersetzt werden kann, als das alterum tantum [165]). Für die Berechnung des mittelbaren Schadens, welcher sowohl bei der Zerstörung des Tauschwerthes als des Gebrauchswerthes eintreten kann, kommt Alles auf den wirklichen (natürlichen oder juristischen) Causalzusammenhang mit dem zerstören-

---

163) Vgl. L. 61. §. 1. D. d. R. V. (6. 1.) Vgl. unten S. 111.

164) Die Beantwortung der Frage: was Jemand, im Besitz eines bestimmten Productiv-Fonds, mittelst desselben eine bestimmte Zeit hindurch wirklich producirt haben würde, hängt im concreten Falle von Umständen ab, die sich nicht ermitteln lassen.

165) Vgl. L. un. C. cit. in f. — Ganz entsprechend hat Justinian festgesetzt, daß der Schuldner von der Zinsverbindlichkeit befreiet sein soll, sobald die von ihm bezahlten Zinsen dem Capital gleichkommen. L. 29. 30. C. d. usuris. (4. 32.) Aber die Gültigkeit dieser Bestimmungen wird bestritten, weil sie nicht glossirt sind.

Digitized by Google

den Ereigniß oder mit der Vorenthaltung des Capitals oder der Arbeit an.

Es liegt im Interesse des Staats, d. h. es ist Sache der öffentlichen Wohlfahrt, daß die unproductive Zerstörung von Gütern, namentlich von Productiv-Fonds, verhütet werde; ebenso das Lahmliegen von Productiv-Fonds; ferner daß zerstörte Productiv-Fonds möglichst wieder hergestellt werden. Der eigene Vortheil der Privaten wird hier schon zu der nöthigen Wachsamkeit und Thätigkeit anspornen, so daß sich die Hilfe des Staats vielfach nur darauf beschränken wird, derartige Bestrebungen zu fördern. Die desfalsigen Institutionen und Rechtssätze schließen sich am Zweckmäßigsten an, indem wir die verschiedenen beschädigenden Ereignisse classificiren. Von der Nothwendigkeit des Schutzes der Privaten gegen culpose Beschädigungen ist oben die Rede gewesen; hier ist das Nöthige über Größe und Berechnung des zu ersetzenden Schadens zu sagen.

Das Ereigniß, welches eine Werthzerstörung hervorbringt, oder die Ursache ist, weshalb ein Productiv-Fonds lahm liegt, kann

I. Die unvermeidliche Wirkung eines Naturgesetzes sein; — vis major, casus, damnum fatale.

A. Werthzerstörung.

Die Kraft der Naturgesetze wird durch die immer fort steigende Civilisation mehr und mehr gebrochen [166]). Denn Civilisation ist die wachsende Herrschaft des Menschen über die rohen Kräfte der Natur. So haben z. B. die Forschungen der Gelehrten über das Wesen der Electrizität, die Erfindung des Blitzableiters, der solidere Bau der Häuser, die Abschaffung der

---

[166]) Oder vielmehr unschädlich gemacht. „Wir können die Macht der Natur nur brechen, indem wir ihr gehorchen.“ Baco.

Digitized by Google

Strohdächer, eine einsichtige Feuer-Polizei, die Capitalzerstörungen durch Brandschäden immer seltener gemacht und die Fortschritte der Medicin verhindern immer mehr und mehr die Zerstörung von Arbeitskräften. So weit menschliche Kunst und Sorgfalt nicht ausreicht, die zerstörende Wirkung der Naturgesetze abzuwenden, hat man wenigstens gesucht, die Folgen derselben zu beseitigen. Man ist auf den sehr richtigen Gedanken gekommen, daß die Productivkraft eines großen Kapitals = Null ist, wenn dasselbe zersplittert und auf viele Producenten vertheilt wird, — daß also auch umgekehrt durch kleine Beiträge Vieler ein zerstörtes großes Capital ersetzt werden kann, ohne daß die Conferenten wesentlich an der Productivkraft ihres Capitals geschwächt würden. Es haben sich Gesellschaften gebildet, deren Mitglieder sich gegenseitig zum Ersatz von Capitalien verpflichtet haben, welche durch unabwendbare Naturkräfte verloren gegangen sind. So sind die Feuer-, Hagel-, See-, Transport-, Vieh-, Lebens-Versicherungsgesellschaften entstanden. Durch Unglück verlorene Arbeitskraft läßt sich durch ein Capital ersetzen; denn die Arbeitskraft läßt sich kaufen. Auch Associationen zu diesem Zweck haben sich gebildet. Erwerbsinn und Speculation von Capitalisten hat zur weiteren Vollkommenheit in der Versicherung von Kapitalien und Arbeitskräften geführt. Die Erwägung, daß mit der steigenden Civilisation die Zahl der Unglücksfälle immer kleiner wird, und daß, wenn von einer Menge von Menschen feste Beiträge zur Deckung für einen bestimmten Zeitraum gegeben werden, ein bedeutender Ueberschuß vorhanden sein kann, hat Capitalisten veranlaßt, aus der Versicherung fremder Capitalien und fremder Arbeitskräfte ein Gewerbe zu machen. Sie vereinigen sich zu einer Actien-Gesellschaft und übernehmen den Ersatz der in einem bestimmten Zeitraum durch Unglücksfälle zerstörten Capitalien oder Arbeitskräfte,

Digitized by Google

gegen eine feste Summe, — Prämie genannt — und speculiren darauf, daß während jenes Zeitraums die Summe der zu leistenden Entschädigungen nebst den Zinsen des lahmliegenden Grundcapitals und dem Lohn ihrer aufgewendeten Arbeit viel geringer sein werde, wie die Summe sämmtlicher Beiträge, die sie erheben. Da das Gewerbe lucrativ ist, so bilden sich viele solcher Capitalvereine (sogenannte Versicherungsgesellschaften) zum Betriebe dieses Gewerbes, und die unter ihnen eintretende Concurrenz drückt die Versicherungs-Prämie auf ein Minimum herab. So wird das Publicum in den Stand gesetzt, für eine, verhältnißmäßig kleine und feste Summe durch ein einfaches Geschäft Capital und Arbeitskräfte sicher zu stellen. Die Nationalökonomie stellt die Anforderung an das Recht, daß der Entwickelung dieses, für das Gemeinwesen so wohlthätig wirkenden Versicherungswesens, Nichts in den Weg gelegt werde; indessen wird, um das Publicum gegen Betrug schwindelnder Capitalisten zu schützen, nothwendig, daß der Betrieb dieses Gewerbes von einer Concession der Staatsregierung abhängig ist und unter fortwährender öffentlicher Controle bleibt.

B. Casuelle Ereignisse, welche bewirken, daß Productiv-Fonds zeitweilig unbenutzt liegen.

Dahin gehören: Ueberschwemmungen, Kriege, Seuchen, Handelsstockungen u. s. w. Die fortschreitende Civilisation hat auch gegen dergleichen schädliche Einflüsse die Gesellschaft mehr und mehr sicher gestellt: — durch Anlegung von Deichen, durch ein gehöriges Heerwesen, durch die Fortschritte der Medicin und Medicinalpolizei, durch Verbreitung nationalökonomischer Einsicht u. s. w. Die verschiedenen Einrichtungen, welche zur Abwehr solcher Unglücksfälle und ihrer Folgen getroffen sind, haben eine Menge von Verhältnissen, welche der Normirung bedurften, und daher eine Menge von Rechtssätzen hervorgerufen. Für

Digitized by Google

das Civilrecht sind hier zu erwähnen: — die Rechtsnormen, welche das Versicherungswesen betreffen, und das Deichrecht.

Soweit die Privatökonomie der Einzelnen von dergleichen Unglück betroffen wird, kann ohne vertragsmäßige Verpflichtung begreiflich Niemand zum Ersatz des Schadens verbunden sein, und die zwingende Gewalt der Naturgesetze bricht alle rechtliche Verpflichtung. Man drückt dies durch die beiden Sätze aus: Casum sentit dominus, und: Impossibilium nulla obligatio.

Wir können nicht unterlassen, hier beiläufig darauf hinzuweisen, daß ein Capital durch seine Geringfügigkeit unproductiv sein kann, und daher in jedem Staat eine Menge kleiner Capitalien lahm liegen. Sie werden durch Vereinigung productiv. Anstalten zu diesem Zwecke sind die Spaar-Cassen. Sie sind gewissermaßen Bassins, in welche die kleinen unproductiven Capitalien zusammenfließen, um einen Productiv-Fonds zu bilden. Diese Anstalten nützen der allgemeinen Production, indem sie der Industrie Capitalien zuführen, welche sonst für sie verloren gewesen wären, der Privatökonomie, indem eine Menge von Privatleuten dadurch in den Stand gesetzt wird, die kleinsten Ersparnisse productiv anzulegen.

II. Menschliche Verschuldung (Absicht, Nachlässigkeit). Was zunächst

A. die Werthzerstörung und zwar

1) eigener Vermögensobjecte betrifft, so kann hierin Niemand beschränkt werden; denn die Freiheit der Disposition über das Seinige gehört zu den obersten Grundsätzen der Nationalökonomie. Ausgenommen können nur die Fälle sein, wo aus solcher Zerstörung für Andere Gefahr entsteht, also das Gemeinwohl gefährdet wird, und wo die Grundsätze der Sittlichkeit eine Beschränkung der freien Disposition gebieten. Das Recht hat denn auch eine allgemeine Einschränkung der Privatwillkühr

Digitized by Google

nicht, verbietet aber bei Strafe und verhindert die Anzündung eigener Gebäude, wenn dadurch Andere in Gefahr kommen und setzt den Verschwender unter Curatel. Das römische Recht behandelt den prodigus geradezu als furiosus [167]). Außerdem verbietet es die Schenkungen unter Ehegatten und erklärt sie mit Ausnahme einzelner Fälle für null und nichtig [168]). Andere Schenkungen werden an eine Form geknüpft, um Leichtfertigkeit und Uebereilung zu verhüten: — eine Schenkung über 500 solidi ist für den Ueberschuß nichtig, wenn sie nicht gerichtlich insinuirt wird [169]). Die Gesetzgebung hat versucht, bei den Römern sowohl, wie bei uns in Deutschland — den Luxus, d. h. die unproductive Consumption aus Prunksucht einzuschränken [170]); allein man hat auf die Durchführung solcher Vorschriften verzichten müssen: — Die Luxusgesetze sind sämmtlich in desuetudinem gekommen.

Anlangend

2) die Zerstörung fremder Werthe, so verpflichtet die Lex Aquilia [171]) einen Jeden zur höchsten Aufmerksamkeit, omnis diligentia, gegen das Vermögen Anderer, und macht ihn für alle vermeidlichen Handlungen verantwortlich, durch welche er eine Zerstörung fremden Capitals [172]) hervorbringt. Die Zerstörung fremder Werthe heißt bei den Römern damnum injuria datum. Der Zusatz injuria bezeichnet, daß es Schäden geben kann, die man Andern zuzufügen berechtigt ist. Schon

---

[167]) L. 1. pr. 10. pr. D. de curat. fur. (27. 10.)

[168]) Puchta Pand. §. 425.

[169]) L. 34—36 C. d. donat. (8. 54.)

[170]) Roscher, System Bd. I. §. 235.

[171]) Vgl. oben Abhandl. I. S. 4.

[172]) Die Praxis hat die Bestimmungen der L. Aequilia auf die Fälle zerstörter Arbeitskraft ausgedehnt. Puchta Pand. §. 388.

Digitized by Google

die 12 Tafeln enthalten Bestimmungen über das Damnum. Dazu kamen spätere Gesetze. Alle wurden endlich durch die Lex Aquilia absorbirt. Lex Aquilia, sagt Ulpian, omnibus legibus, quae ante se de damno locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis sive alia quae fuit, quas leges nunc referre non est necesse [173]). Das Gesetz ist ein Plebiscit, rogirt durch den Volkstribunen Aquilius [174]). Es beschränkte sich ursprünglich auf das damnum corpore corpori datum; dann wurde es durch Interpretation auf mittelbare Beschädigung von Sachen angewandt, endlich auch durch die Praxis auf andere Beschädigungen durch positive Handlungen jeder Art: Sed si non corpore damnum datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri, veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit ut fugeret [175]).

Der Zweck der Lex Aquilia war, Jeden zur höchsten Diligenz und Vorsicht gegenüber dem Vermögen eines Andern zu veranlassen. Der Beschädigte haftet für levissima culpa [176]), d. h. stets wenn kein casus vorliegt. Grade der culpa giebt es für die Lex Aquilia nicht. Der für Contractsverhältnisse geltende Maßstab der Diligenz eines bonus paterfamilias war hier durchaus unanwendlich, weil man es Niemandem zumuthen kann, die ganze Außenwelt als „seine

---

[173]) L. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

[174]) cit. L. 1. §. 1.

[175]) §. 16. J. d. leg Aquil. (4. 3.)

[176]) L. 44. pr. D. ad leg. Aqnil. (9. 2.): In lege Aquilia et levissima culpa venit.

Digitized by Google

Wirthschafts-Gegenstände" zu behandeln und sich in Betreff derselben als „guter Wirth" zu geriren. Die gangbare Ansicht, daß auch in Fällen der Lex Aquilia dieser Maßstab anzulegen sei, ist eine unbegreifliche Absurdität. Wir statuiren damit keineswegs drei Grade der culpa, sondern behaupten nur, daß es für die Lex Aquilia überall keine Grade, sondern nur culpa und casus giebt. —

Der Beschädiger hat den zerstörten Werth zu ersetzen, bei dessen Berechnung noch ein besonderer, ihm nachtheiliger modus vorgeschrieben ist [177]), und außerdem allen weiteren, mittelbar veranlaßten Schaden, selbst wenn dieser außer aller Berechnung des Beschädigers lag, zu erstatten [178]). — Ganz andere Grundsätze treten ein bei Contractsverhältnissen, wo durch Verletzung contractlicher Verbindlichkeiten der eine Contrahent dem andern einen Werth zerstört. Hier handelt es sich nicht um den Willen des Gesetzgebers und um die Mittel, welche derselbe für angemessen erachtet, um Schaden von fremdem Vermögen abzuwenden; das Recht überläßt principiell Alles der Vereinbarung der Contrahenten und entscheidet, wenn solche nicht vorliegt oder nicht ausreicht, mit Berücksichtigung der individuellen Umstände nach dem präsumptiven Willen der Contrahenten, wobei die Natur des Geschäfts wesentlich in Betracht kommt. Die Rechtssätze vom Schadenersatz beruhen also hier auf interpretatio voluntatis und müssen daher ganz anderer Art sein, wie die Bestimmungen der Lex Aquilia [179]). Der Contrahent haftet denn

---

[177]) L. 2. pr. 11. §. 2. L. 27. §. 5. eod.

[178]) Vgl. unten S. 114.

[179]) Es ist ein Mangel der heutigen Theorie des Röm. Rechts, daß diese Nothwendigkeit nicht scharf hervorgehoben ist; vielmehr umgekehrt

Digitized by Google

auch dem Contrahenten nie für culpa schlechthin; ebenso wenig für mittelbaren Schaden, der außer aller Berechnung lag; auch findet bei der Schätzung des Marktwerths des zerstörten oder beschädigten Objects die nachtheilige Bestimmung der Lex Aquilia nicht statt. An die Stelle der Strenge, welche die Lex Aquilia characterisirt, tritt hier billige Rücksicht. Eine hinkende Partie im römischen Recht ist, daß bei einzelnen Contractsverhältnissen noch eine Concurrenz der Lex Aquilia mit der präsumptiven voluntas statt findet. Es dürfte schwer halten, heut zu Tage einem Depositar begreiflich zu machen, daß seine Verpflichtung zum Schadenersatz ganz verschiedener Art sei, jenachdem die Beschädigung der res deposita eine positive oder negative Handlung sei, namentlich für solche Fälle, wo es mit dem besten Willen gar nicht zu sagen ist, ob die Beschädigung Folge eines Thuns oder Unterlassens ist.

B. Lahmliegen von Productiv-Fonds.

1. Eigne Fonds.

Es muß Jedermann freistehen, seine Fonds zu benutzen oder unbenutzt liegen zu lassen. Nur aus Rücksicht auf die öffentliche Wohlfahrt könnte hier ein rechtlicher Zwang stattfinden. Das römische Recht anerkennt denn auch diese Freiheit im Allgemeinen, verordnet aber, daß der Eigenthümer eines Grundstückes als Derelinquent behandelt werden solle, welcher es zum Nachtheil des Cultur- oder sonstigen öffentlichen Interesses verläßt, wenn ein Anderer es in Besitz nimmt, anbaut, und von Jenem nicht innerhalb zweier Jahre wegen der gemachten Verwendungen und Ausgaben entschädigt werde [180]).

Rechtssätze der actio ex lege Aquilia benutzt sind, um Schadenersatzfragen in Contractsfällen zu entscheiden.

[180]) L. 8. C. d. omni agro des. (11. 59.)

Digitized by Google

2. Vorenthaltung fremder Productiv-Fonds.

Dies ist möglich

a) durch den bloßen Besitz oder die Detention einer fremden Sache. Das römische Recht macht Jedem zur Pflicht, dem Eigenthümer nicht durch rechtswidrigen Besitz die Productivdienste seiner Sache zu entziehen und zwingt den Besitzer, vorausgesetzt, daß er in culpa ist, oder — wie es hier genannt wird — in mala fide, die fructus percipiendi zu erstatten. Jedoch kann nur begehrt werden, was dem Eigenthümer wirklich entzogen ist, d. h. die fructus ex re oder was dasselbe bedeutet, die utilitas circa rem ipsam. — Darunter ist nur die Bodenrente zu verstehen [181]). Er darf sich dabei nicht entschuldigen, daß er wegen Mangels an Betriebscapital oder Arbeitskräften oder aus irgend einem andern Grunde nicht habe produciren können oder die Production habe beschränken müssen. Diese Frage wird vielmehr beurtheilt vom Standpuncte des dominus aus. Generaliter autem, sagt Papinian, quum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset [182]).

b) Jemand, der zur Leistung oder zur Einräumung eines Productiv-Fonds aus einem obligatorischen Verhältniß verpflichtet ist, erfüllt seine Verpflichtung nicht, z. B. der Verkäufer oder Käufer kommt in mora, der Verpächter übergiebt die res locata

---

[181]) Denn es können für die fructus percipiendi keine strengeren Grundsätze gelten, wie für die fructus percepti. Diese werden immer nur ihrem Nettoertrage nach restituirt. Hoc fructuum nomine contineri, sagt Diocletian, quod justis sumtibus deductis superest, non ambigitur. L. 46. D. d. usuris. (22. 1.)

[182]) L. 62. §. 1. D. d. R. V. (6. 1.)

Digitized by Google

nicht oder der Pächter restituirt sie nicht. Auch hier wird, — was die dem Gläubiger entzogenen Productiv-Dienste und dadurch vereitelten Producte betrifft — nur die utilitas circa rem ipsam praestirt, nicht, was er Alles inzwischen mit derselben hätte produciren können. Daher heißt es: quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit. Neque enim si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est [182]). Die Zwecke des Käufers rücksichtlich der Waare gehen den Verkäufer gar nichts an, wenn er nicht dieserhalb besondere Garantieen ausdrücklich oder stillschweigend [183]) übernommen hat. Ist der Käufer in mora mit der Zahlung des Kaufpreises, so kann der Verkäufer gleichfalls nur Verzugszinsen fordern; denn eine Geldsumme kann für sich Nichts weiter als Zinsen produciren. Venditori, heißt es, si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit [184]). Die Zwecke des Verkäufers rücksichtlich des zu erhebenden Kaufpreises gehen ebenfalls den Käufer gar nichts an. Die eben angeführten Stellen enthalten offenbar ein allgemeines Princip, sind daher vollständig zu generalisiren und nicht etwa auf den Kaufcontract zu beschränken. Sie stehen keineswegs mit anderen [185]) im

[182]) L. 21. §. 3. D. d. A. E. V. (19. 1.)

[183]) Eine stillschweigende Garantie des gesammten Interesses übernimmt der Schuldner, der sich verpflichtet, an einen bestimmten Ort zu leisten. L. 2. §. 7. 8. D. d. eo quod certo loco. (13. 4.)

[184]) L. 19. D. d. peric. (18. 6.)

[185]) Die Stellen ad legem Aquiliam dürfen hier gar nicht beibeigezogen werden; diese haben, wie oben bemerkt, ihr eigenes Gebiet.

Digitized by Google

Widerspruch. Man muß nämlich wohl bemerken, daß diese Stellen lediglich und allein vom lucrum cessans reden, welches nicht unter den Begriff des Schadens (damnum) — auch nicht des mittelbaren Schadens fällt — sondern mit diesem unter den höheren und allgemeineren Begriff des Interesses, — daß sie den Contrahenten den Anspruch auf ein lucrum cessans durchaus nicht absprechen, sondern nur die Frage erörtern: was ein Contrahent als lucrum cessans verlangen kann, wenn der andere ihm durch seine mora die Productivdienste des Contractobjects eine bestimmte Zeit hindurch vorenthält, — ob namentlich für die Berechnung der ihm vereitelten Producte seine Speculation mit in Anschlag kommt, oder blos die Productivität des Objects an sich berücksichtigt würde? Die Quellen entscheiden: — die Speculation des Gläubigers kommt nicht in Betracht [187]). Er bekommt das lucrum cessans, aber nicht omne omnino quod lucrari potuit, sondern nur die utilitas circa rem ipsam. Und zwar wenn wir die Gründe hier kurz zusammenfassen 1) weil das omne lucrum nicht mit Bestimmtheit zu berechnen ist, 2) weil der Schuldner, der mit der Leistung eines Werths in mora kommt, an und für sich nur für die Producte dieses Werths verhaftet sein kann; endlich 3) weil es nicht als die Meinung eines vernünftigen Contrahenten angesehen werden kann, daß er im Falle der mora für alle nur mögliche Vor-

[187]) Die römischen Juristen sprechen hier ganz dasselbe Princip aus, welches über die Restitution und den Ersatz der fructus percipiendi von Seiten des malae fidei possessor gilt. Daß beide Fragen eng mit einander zusammenhängen und gleichbehandelt werden, darauf deutet schon die Ueberschrift des Tit. Dig. 22. 1. de usuris et fructibus hin. Die Controversen über jene beiden Stellen wären gewiß nicht entstanden, wenn man nicht an hergebrachten Schulsystemen geklebt und Lehren weit von einander getrennt hätte, die ihrem Inhalt und Wesen nach zusammen gehören.

Digitized by Google

theile des Gläubigers einstehen wolle. Damit ist aber keineswegs entschieden, daß er weiter Nichts bekommt, als die utilitas circa rem. Ohne Zweifel beansprucht er alle Werthe, welche ihm durch die mora mittelbar verloren gegangen; nur daß auch hier die Zwecke des Contrahenten nicht berücksichtigt werden. Wenn Jemand Weizen verkauft und mit der Tradition in mora kommt, so treffen ihn deshalb keine Verpflichtungen, daß der Käufer den Zweck hatte, mit dem Weizen seine Sclaven zu speisen und diese nun in Folge der mora verhungert sind [188]). Der Verkäufer schuldigt ihm contractlich einen bestimmten Werth in der Form von Weizen, hat ihm aber nicht die Realisirung aller Zwecke garantirt, die er etwa mit dem Weizen beabsichtigt.

Beim damnum injuria datum kann es vorkommen, daß dem Beschädigten eine bestimmte Zeit hindurch die Productivdienste der beschädigten Sache verloren gehen, dann tritt wieder die volle Strenge der Lex Aquilia ein. Der Beschädigte bekommt omne omnino quod lucrari potuisset [189]). Doch steht es mit der Anwendnng dieser Strenge in der Praxis mißlich, weil unserer Ansicht nach die Frage: — was der Beschädigte mit der beschädigten Sache inzwischen Alles würde producirt haben können — sich mit Bestimmtheit nie würde beantworten lassen. Darauf weist auch Ulpian hin: — ubi damni injuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit an caperentur. Idemque et in venatoribus et aucupibus probandum [190]).

Justinian hat verordnet, daß bei der Zerstörung eines bestimmten Werths, das gesammte Interesse nie das Doppelte

---

[188]) cit. L. 21. §. 3. D. d. A. E. V. (19. 1.)

[189]) L. 33. pr. in f. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

[190]) L. 29. §. 3. i. f. eod.

Digitized by Google

jenes Werths übersteigen soll. Bedarf der gestörte Werth einer Ermittelung, wie in allen Fällen, wo ein Schade vorliegt, ohne daß ein Object von bestimmtem Werthe zerstört ist, so soll der ermittelte wirkliche Schade ersetzt werden. Dabei soll, da diese Verordnung sich ganz allgemein auf den Ersatz des Interesses bezieht, kein Unterschied gemacht werden zwischen damnum und lucrum. Es soll also im ersteren Falle bei der Berechnung des alterum tantum das lucrum cessans mit eingerechnet und im letzteren Falle nur das ermittelte wirkliche lucrum cessans ersetzt werden [191]).

Justinian's Absicht war, wie er ausdrücklich sagt, eine doppelte:

1) den Ersatz der wirklichen Beschädigung auf eine bestimmte Grenze zu reduciren, um die in infinitum gehende Liquidation des Interesses, welche einerseits inhuman war, andererseits die Richter sehr belästigte und das Verfahren verwickelte, abzuschneiden. Er rechtfertigt diese Einschränkung, indem er den Schadensersatz als poena auffaßt und sagt: — cum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.

[191]) Cit. l. un. C. (7. 47.) Die Constitution umfaßt: omnes casus, und unterscheidet lediglich: casus, qui certam habent quantitatem et naturam, und: casus qui incerti esse videntur. Eine weitere Distinction zwischen Contract und Delict, zwischen doloser und culposer Werthzerstörung findet nicht statt. Die Constitution kommt also ohne Rücksicht auf dergleichen Verschiedenheiten ganz kategorisch zur Anwendung. — Beim Kaufcontract giebt im Falle der zerstörten res vendita der vereinbarte Preis die Norm für das zu berechnende duplum, denn dieses pretium ist der vereinbarte Werth der res vendita. Ein Käufer, der dies nicht gelten lassen wollte, würde mit sich selbst in Widerspruch kommen und ihm mit Recht die exceptio doli opponirt werden können. Siehe Heft IV. S. 29. Vgl. auch die cit. L. 21. §. 3. d. A. E. V. (19. 1.) — pretium tritici . . . consequitur.

Digitized by Google

2) soweit wegen Unbestimmtheit des Objects eine gesetzliche Grenze unmöglich sei, jedenfalls das zu ersetzende Interesse auf die wirkliche Beschädigung zu reduciren, also alle Berechnung desselben nach bloßer Wahrscheinlichkeit auszuschließen — ut hoc, quod revera inducitur damnum, reddatur. Es ist damit der zu ersetzende mittelbare Schade auf die Fälle des erwiesenen Causalzusammenhangs beschränkt und was das lucrum cessans betrifft, der Anspruch auf das omne omnino quod creditor lucrari potuisset bestimmt ausgeschlossen.

Digitized by Google

V.

Einfluß der Sittlichkeit auf die Entwickelung des Rechts.

Unter „Sittlichkeit" verstehe ich[192]: den prädominirenden Einfluß der Philantropie und der Gerechtigkeit auf die Handlungen des Menschen. Leben unter dem vorwiegenden Einfluß dieser beiden Motive nennen die Römer: honeste vivere. Der Philantropie entspricht das bonum und die Regel: neminem laede; der Gerechtigkeit das aequum und die Regel: suum cuique tribue.

Die Einwirkung dieser beiden Seiten des menschlichen Gemüths, welche Jedem angeboren, aber in ihrer Wirksamkeit oft durch antimoralische Triebfedern gehemmt sind, auf die Entwickelung und Gestaltung des Civilrechts soll hier schließlich in der Kürze dargelegt werden. Der Zusammenhang mit den voraufgehenden Abhandlungen liegt in dem Ausspruch Baco's: „der Reichthum ist das Gepäck der Tugend"[193], und in der unbestreitbaren Wahrheit, daß die aequitas nur durch die Na-

---

[192]) Bekanntlich ist man sich über diesen Begriff nicht einig. Vergl. Schopenhauer's Preisschrift über die Grundlage der Moral.

[193]) Serm. fidel. XXXIV: Divitiae cognomine magis proprio vocare nequeam, quam ut appellem impedimenta virtutis. Sicut enim se habent impedimenta ad exercitum, ita divitiae ad virtutem; quinetiam cura illarum victoriam saepe disturbat.

Digitized by Google

tionalökonomie in der practischen Rechtsanwendung zur vollen Geltung gelangen kann.

1. Die Philantropie.

Wohlwollen, Humanität sind, genau betrachtet, nur Species eines allgemeineren Gefühls, nämlich: der Freude an allem Organischen; sie zeigt sich zunächst als Menschen-Liebe und dehnt sich mit dem Fortschreiten der Bildung auf Thiere [194]) und Pflanzen aus. Ja, es giebt Philosophen, welche die Freude an dem Wirken der Kräfte der unorganischen Natur auf dieselbe Quelle zurückführen. Die Philantropie äußert sich auch im Schmerz, welcher „Mitleid" heißt [195]).

Sobald die Humanität sich durchweg in einem Volke entwickelt, und ein Zug im Nationalcharakter des Volks wird, fängt sie sofort an, ihren Einfluß auf das Recht zu üben. Es verschwinden allmälig die Rechtssätze und die Rechtsinstitute, welche der Humanität widersprechen. So verliert sich die unbedingte Haustyrannei über Weib, Kind und Sclaven. Bei den Römern verschwindet mehr und mehr das Institut der manus, d. h. die strenge hausherrliche Gewalt über die Ehefrau; die letztere hört nach und nach auf, filiae loco zu sein, und gewinnt neben dem Mann eine freiere und würdigere Stellung. Die patria potestas über die Descendenz, welche ursprünglich zur Aussetzung und Tödtung der Kinder berech-

---

[194]) Ein sittlicher Fortschritt unserer Zeit manifestirt sich in den Gesetzen gegen Thierquälerei.

[195]) Der Begriff: „Philanthropie" ist ein Begriff a priori und kann, ebensowenig wie ein empirischer Begriff, definirt werden. Man muß sich begnügen, den Begriff zu expliciren und durch Beispiele anschaulich machen. Eine apodictische Gewißheit rücksichtlich der Ausführlichkeit des so gewonnenen Begriffs ist unmöglich. Vgl. Kant, Krit. der r. Vernunft, 3. Aufl. S. 756. 757.

Digitized by Google

tigte, verliert an Strenge, und der filiusfamilias, anfangs eine bloße Erwerbsmaschine des parens, wird fähig, eignes und selbstständiges Vermögen zu besitzen. Die Zurücksetzung der emancipirten Kinder gegen die noch in väterlicher Gewalt befindlichen, der Cognaten gegen die Agnaten wird beseitigt. Die servitus endlich nimmt mehr und mehr einen milderen Character an. Die Humanität entfernt weiter die ihr widersprechenden rechtlichen Consequenzen aus Rechtssätzen. So entstanden z. B. rechtliche Beschränkungen des Eigenthums; so entstand bei Schuldverhältnissen die Beschränkung der Execution gegen das Vermögen des Schuldners, das beneficium competentiae und die cessio bonorum; so entstand die replica doli gegen den Satz: Qui suo jure utitur, neminem laedit. Schimpfliche Verträge wurden für ungültig erklärt. Die Humanität ruft ferner ganz neue Rechtsinstitute hervor. Dahin gehört die Vormundschaft und Curatel, die Pflicht zur Dotation, Alimentation und Beerdigung naher Verwandten. Weiter äußert sich die Philantropie in der Berücksichtigung allgemein menschlicher Schwächen und in den Inconsequenzen, welche dadurch im Recht hervorgerufen werden. Hieher gehört die Berücksichtigung des Alters, auch die Berücksichtigung der natürlichen Leichtfertigkeit des Weibes; besonders aber die Berücksichtigung des Irrthums bei Rechtsgeschäften und Delicten. Endlich führt die Philantropie zur Achtung der jedem Menschen eingeborenen Gefühle und Neigungen: — der Religiosität und Pietät, des Selbstgefühls, des guten Leumunds, des Wohlanstands, ja der Philantropie und Gewissenhaftigkeit Anderer und wird so die Quelle mancher Rechtssätze. Wir nennen hier die Bestrafung der Gotteslästerung und der Störung des Gottesdienstes; den rechtlichen Schutz der res sacrae, sanctae und religiosae; das Recht der Enterbung wegen grober

Digitized by Google

Impietät der Kinder gegen die Eltern; die Bestrafung der Injurie, der Verläumdung des guten Rufs, absichtlich verübter Unanständigkeiten, die Bestrafung des Undanks durch Revocabilität der Schenkung, des Vorwurfs begangener Verbrechen und Unredlichkeiten.

2. Die Gerechtigkeit.

Auch diese Seite des menschlichen Gemüths, — indem sie sich allmählig in einem Volke entwickelt, manifestirt sich im positivem Rechte. Das Gefühl der Nothwendigkeit, ein gegebenes Wort zu halten, und ein geschenktes Vertrauen zu würdigen [196]), war bei den Römern die Quelle zweier wichtiger Rechtsgrundsätze: 1) Pacta sunt servanda; 2) Is natura debet, cujus fidem sequuti sumus. Auch die Berücksichtigung der bona fides gehört hierher. In der Anwendung des Rechts bildet sich allmählig das Princip, daß nicht allein das Wort, sondern auch der Geist, d. h. die Absicht des Gesetzgebers berücksichtigt werden müsse, und dieser Grundsatz führte zur Interpretation der Rechtssätze und zur Analogie. Die Gesammtheit der positiven Satzungen, welche den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprachen, faßten die Römer unter dem Ausdruck „aequitas“ zusammen [197]). Die aequitas bildet:

1) den Gegensatz gegen den Buchstaben des Gesetzes. „Der Geist des Gesetzes soll den Buchstaben des Gesetzes

---

[196]) Auch von der „aequitas“ giebt es keine Definition, sondern nur eine Explication, deren Genauigkeit und Vollständigkeit stets zweifelhaft bleibt.

[197]) In omnibus quidem, maxime in jure aequitas spectanda est, sagt Paulus, L. 90. D. d. R. J. (50. 17.) Es wird scharf getrennt das aequum und das licitum, — das iniquum und illicitum.

Digitized by Google

beherrschen", — lautet der Grundsatz des Kaisers Constantin. Placuit in omnibus rebus praecipuum esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem [198]). Aequitas bezeichnet hier also die durch Interpretation gefundene ratio des Gesetzes. Es ist an einem andern Orte ausgeführt worden, wie die Nationalökonomie den Schlüssel liefert zu der ratio vieler Gesetze. Sie ist also die Wissenschaft, welche die aequitas im Recht zur Herrschaft bringt, und nicht, wie bornirte Theoretiker mit dem vornehmen Hohn des Pedanten behaupten, — „den rohen Materialismus an die Stelle der Aequität setzt." Wenn Ulpian [199]) die Erforschung der aequitas im Recht, als die vera, non simulata, philosophia erklärt; so ist die Nationalökonomie für eine Masse von Rechtssätzen die wahre, d. h. — practische Rechtsphilosophie im Gegensatz zur rechtsphilosophischen Phraseologie. — Insofern man durch Interpretation zur Analogie gelangt, also für einen concreten Fall eine Norm findet, wofür es an einem directen Gesetz fehlt, sagen die römischen Juristen sehr richtig: — haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur [200]). — Die aequitas bildet:

2) bei Rechtsgeschäften den Gegensatz gegen das ausdrücklich gesprochene Wort: sie ist das id quod actum est, im Gegensatz des id quod dictum est; sie ist also identisch mit bona fides. Daher sagt Ulpian: Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat [201]). Die Aequitas ist also die Berücksichtigung des stillschweigenden und präsumtiven Willens der Contrahenten und

---

[198]) L. 8. C. d. jud. (3. 1.)

[199]) L. 1. §. I. D. d. just. et jure. (1. 1.)

[200]) L. 2. §. 5. D. (39. 3.)

[201]) L. 31. pr. D. Depositi. (16. 3.)

Digitized by Google

des Testators. Dies setzt eine genaue Kenntniß der factischen Verhältnisse des Lebens voraus, und folglich ist auch für die Beurtheilung der Rechtsgeschäfte die Nationalökonomie eine Förderin der aequitas.

Es ist übrigens bei der Berücksichtignng der aequitas stets der Standpunct des practischen Juristen, der es mit der Anwendung des Rechts zu thun hat, und der legislative Standpunct zu unterscheiden. Soweit das positive Recht die aequitas ausschließt, darf der practische Jurist, so sehr es auch seinem Gefühl widerstreben mag, sie nicht berücksichtigen. So konnten denn auch die Römischen Juristen die Grundsätze: Pacta sunt servanda, und: is natura debet, cujus fidem sequuti sumus, — nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen berücksichtigen.

Dadürch, daß das sittliche Element nach und nach das Recht durchdringt, und auch in der Handhabung des Rechts zur Herrschaft gelangt, hört die Rechtswissenschaft auf, ein bloß mechanisches Wissen zu sein; die Jurisprudenz wird eine Kunst, welche von dem Juristen Celsus sehr schön und treffend: ars aequi et boni genannt wird [202]).

---

[202]) L. 1. pr. D. d. just. et jure. (1. 1.)

Digitized by Google

Anhang.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Die logische und mathematische Seite des Civilrechts.

Man kann philosophiren über die Rechtssätze, d. h. nach ihren Principien forschen. Man kann aber auch philosophiren über die Jurisprudenz, d. h. über die Arbeiten des juristischen Verstandes, d. h. untersuchen, warum die Juristen, indem sie die Rechtssätze als Material des Denkens behandelten, — dies und Nichts weiter leisteten, es so und nicht anders zu Stande brachten. Die letztere Art von Rechtsphilosophie ist nichts Anderes, als die Erklärung der juristischen Leistungen aus der Psychologie, d. h. aus der Natur des menschlichen Verstandes. Wenn eine bestimmte Wissenschaft Jahrhunderte lang getrieben worden, so darf man annehmen, daß der menschliche Verstand alle ihm zu Gebote stehenden Kräfte auf diesem Gebiete versucht und soweit die Natur des Gegenstandes es zuließ, auch angewendet hat; man kann also eine solche Wissenschaft benutzen, um sich über die einzelnen Kräfte des Verstandes klar zu werden, also um psychologische Forschungen zu machen; — umgekehrt aber auch, von der Psychologie belehrt, untersuchen, was der menschliche Verstand in einer Wissenschaft überhaupt leisten kann, und ob dies geschehen ist. Nimmt man diese Operation mit der Jurisprudenz vor: so rollt sich nothwendig diese Wissenschaft von selbst vor uns auf, und man sieht, wie weit sie in ihren Arbeiten gekommen, und was ihr zu thun noch übrig ist. Ich

Digitized by Google

habe diese Arbeit auf dem Gebiete des Civilrechts vorgenommen und gefunden, daß man zwar das Recht erlernen muß, aber a priori construiren kann, was uns die Jurisdrudenz überhaupt zu lehren vermag. Es schien mir gut und nützlich, diese Arbeit zu veröffentlichen und sie hier anzuschließen, weil sie eine wesentliche Ergänzung der obigen Abhandlung über die Principien des Civilrechts bildet und eine klare Entwickelung der, dort nur kurz angedeuteten, mathematischen und logischen Seite des Civilrechts enthält.

Wenn der menschliche Verstand Rechtssätze als Material des Denkens behandelt: so beschränken sich alle seine Operationen nothwendig auf eine dreifache Untersuchung.

1. der Identität (Verschiedenheit, Aehnlichkeit).
2. der Folge (nach dem Satze des Widerspruchs).
3. der Causalität.

Denn er kann mit diesem Material Nichts weiter anfangen, als:

ad 1: vergleichen,

ad 2: schließen,

ad 3: Ursachen und Wirkungen aufsuchen.

Um sich bei dieser Arbeit nicht zu verwirren, bedient er sich eines eigenen Hilfsmittels. Indem er nämlich das unabweisbare Bedürfniß fühlt, Vielerlei durch Eins zu denken, construirt er sich, so zu sagen, Maschinen, welche man „Begriffe" nennt, und bezeichnet sie für das Gedächtniß mit besonderen Kunstausdrücken. So gelangt er zu juristischen Begriffen und zur juristischen Terminologie. Alle solche Begriffe sind Theil-Vorstellungen. Dahin gehört der Begriff: Recht (Befugniß), Rechtsgeschäft, Contract u. s. w. Servitut, Kauf,

Digitized by Google

Societät u. s. w. Diese Begriffe kann er dann wieder als Material behandeln, um jene dreifache Operation vorzunehmen. Er untersucht

1. Identität, Verschiedenheit, Aehnlichkeit der Begriffe.
2. die Folgen der Begriffe nach dem Satze des Widerspruchs, d. h. er zerlegt mittelst analytischer Schlußfolgerung einen Begriff in seine Bestandtheile.
3. die Causalität, d. h. er untersucht die wesentlichen Bedingungen der Existenz des Begriffs (z. B. Entstehung des Eigenthums), seiner Forterisstenz (Untergang) und seiner Wirksamkeit (Schutz).

Um wiederum mehrere juristische Begriffe durch Eins denken zu können, z. B. die Begriffe Contract und Testament, bildet er sich höhere Begriffe, z. B. den Begriff eines Rechtsgeschäfts, die also wiederum nur Theilvorstellungen enthalten.

Der Verstand operirt also in der angegebenen dreifachen Weise entweder 1) direct mit Rechtssätzen oder 2) mit Rechtsbegriffen.

Der Mensch hat von Natur den Trieb, eine Menge vorliegender Einzelheiten zu ordnen, d. h. das Gleichartige zusammenzufassen. Er hat ferner den Trieb, aus einem Complex einzelner Materialien ein Gebäude aufzuführen, oder, wie man es ausdrücken kann, mit dem Material architectonisch zu verfahren. Ordnung und System sind zwei ganz verschiedene Dinge. Was geordnet ist, ist noch kein System, und ein System kann, wenn man auf die Stellung des Gleichartigen und Ungleichartigen sieht, sehr unordentlich sein. Es können, wenn ein Complex Materialien geordnet ist, und dann ein System daraus gemacht wird, die einzelnen Theile ihre Stellung sehr wesentlich ändern. Rechtsbegriffe lassen sich ihrer

Digitized by Google

Natur nach nur ordnen; Rechtssätze dagegen können nicht bloß geordnet, sondern auch systematisirt werden.

Die Rubriken für die Ordnung nennt man Schema. Man kann also Rechtssätze schematisiren und systematisiren. Das System unterscheidet sich vom Schema dadurch, daß es eine Einheit bildet, in welcher jeder Theil vom andern getragen wird, und durch seine Unveränderlichkeit. Es kann eine Verschiedenheit des Schemas, aber nur ein System geben.

Ein Schema von Rechtssätzen kann nur sehr wenige und sehr weite Rubriken haben. Ein solches haben die Römer aufgestellt in dem Satz: Omne jus pertinet vel ad personas vel ad res vel ad actiones. Ein System von Rechtssätzen haben sie nicht, sondern innerhalb jenes allgemeinen Schemas schematisiren sie die Rechtsbegriffe und so indiret die Rechtssätze. Auch die neueren Juristen haben nur Schemata, kein System.

Wenn gleich das Ordnen, wie das Systematisiren, in der menschlichen Natur liegt, also an sich bloße Folge eines Triebes ist: so hat doch Beides seinen Nutzen, und kann aus diesem Grunde planmäßig geschehen, d. h. ein Werk des Verstandes sein. Schema und System geben beide dem Gedächtniß eine Stütze; aber das System legt dem Gedächtniß weniger Last auf, wie das Schema: — es befähigt, Rechtssätze zu entwickeln, welche man sonst, bei einem bloßen Schema, auswendig lernen müßte.

Die Construction eines Systems aus Rechtssätzen ist nur möglich, wenn man ihren Zweck berücksichtigt. Die Special-Zwecke ordnen sich höheren (d. i. allgemeineren) Zwecken unter, und vereinigen sich schließlich zu dem höchsten (d. i. allgemeinsten) Zwecke, „der öffentlichen Wohlfahrt.“ Die römischen Juristen verbannten alles Forschen nach der ratio der Rechts-

Digitized by Google

sätze, weil sie die Lösung dieser Aufgabe für unmöglich hielten, und konnten daher begreiflich kein System des Civilrechts aufstellen. Derselben Ansicht folgen die neueren Juristen. Wir haben an einem andern Orte nachgewiesen, daß die Erforschung der rationes h. z. T. nicht mehr unmöglich ist. Um jedoch nicht auf Irrthümer zu gerathen, muß man sehr vorsichtig zu Werke gehen, und die Vorschrift befolgen, welche Baco für die Forschungen im Gebiete der Physik giebt: — man muß allmählig von der nächsten ratio zur höheren aufsteigen, nicht sofort zum höchsten Zweck eines Rechtssatzes auffliegen, und dann hieraus die in der Mitte liegenden specielleren rationes ableiten wollen. Betrachten wir jetzt die Operationen des Verstandes mit den Rechtssätzen und Rechtsbegriffen genauer.

Kap. 1.

Die Rechtssätze.

I. Als Gegenstand des Vergleichens zum Zwecke der Ergründung der Identität, Aehnlichkeit oder Verschiedenheit.

Dabei sind folgende verschiedene Operationen möglich.

§. 1.

Man vergleicht die Rechtssätze mit andern Sätzen. Dadurch findet man den Begriff eines Rechtssatzes. Die Beschreibung dieses Begriffs heißt Definition. Die Sätze, welche den Gegensatz von Rechtssätzen bilden, kann man in dem allgemeinen Ausdruck: „Naturgesetze" zusammenfassen. Diese drücken den Zwang aus, dem der Mensch unmittelbar unterworfen ist, im Gegensatz zu dem Zwange, der auf menschlicher Anordnung beruht. Jene zwingende Macht liegt theils außer

Digitized by Google

ihm (Gesetze der Physik [1]), theils in ihm, d. h. in der eigenthümlichen Construction seines Seelen-Lebens und offenbart sich durch mehr oder weniger starke Triebe, welche einander coordinirt sind, sich bekämpfen und unterstützen, und je nachdem der Ausgang dieses innern Kampfes ist, den Menschen zu einem bestimmten Thun oder Unterlassen nöthigen. Der Regulator dieser Triebe (welche nach Baco sich der Zahl nach bestimmen lassen) ist der Verstand, welcher in dieser Function Vernunft heißt. Indem derselbe die Folgen des Thuns berechnet, gelangt er zu Maximen, welche, sofern sie vorschreiben, daß der Mensch stets der Stimme der Humanität und Aequität gehorchen solle, Moral-Gesetze heißen [2]).

§. 2.

Man vergleicht Rechtssätze mit einander. Dadurch findet man die Bestandtheile eines Rechtssatzes. Indem man nämlich die Rechtssätze mit einander vergleicht, macht man die Erfahrung, daß bei allen an ein bestimmtes Factum eine bestimmte Vorschrift geknüpft wird, daß also jeder Rechtssatz aus zwei Theilen besteht: — einer factischen Voraussetzung und einer Willenserklärung des Staats, oder kurz ausgedrückt: aus Factum und Jus [3]). Diese Operation, wodurch man die Theile eines Rechtssatzes findet, nennt man Analyse seines Begriffs. Weitere Vergleichung

1) der verschiedenen factischen Voraussetzungen der

---

[1]) Es giebt für den einzelnen Menschen einen Zwang, welcher auf der eigenthümlichen Organisation der „Gesellschaft" beruht und dem er sich nicht entziehen kann. Solche Gesetze sind denen der Physik ganz analog.

[2]) Siehe die nähere Erörterung des Gegensatzes von „Natur und Recht" in der II. Beilage.

[3]) Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, Bd. I. S. 28.

Digitized by Google

Rechtssätze führt zu der Erkenntniß, daß sie entweder aus menschlichen Handlungen oder andern Thatsachen bestehen. Man nennt solche Handlungen, weil sich daran rechtliche Wirkungen knüpfen, juristische. Man bemerkt ferner, daß sie bald einseitige Handlungen sind, z. B. letztwillige Verfügungen, bald zweiseitige. Man bemerkt ferner, daß viele unter denselben geradezu den Zweck haben, eine bestimmte rechtliche Wirkung hervorzubringen. Diese hat man Rechtsgeschäfte genannt. Unter diesen zeichnen sich wiederum viele dadurch aus, daß sie den übereinstimmenden Willen und die übereinstimmende Willenserklärung Mehrerer enthalten. Dies sind Verträge. So gelangt man zu einer Anzahl von Rechtsbegriffen und deren Classification und somit zu einer Uebersicht aller factischen Voraussetzungen der Rechtssätze [4]).

2) der verschiedenen rechtlichen Bestimmungen der Rechtssätze führt zu der Erkenntniß, daß sie jedes Mal einen Zwang anordnen. Die von der Staatsgesellschaft garantirte Möglichkeit, Jemanden zu einem Thun oder Unterlassen zu zwingen, heißt Recht oder Befugniß, womit zugleich der correspondirende Begriff der Pflicht gegeben ist.

§. 3.

Man vergleicht die Rechtssätze verschiedener Völker mit einander. Dadurch findet man die Verschiedenheit und die Gleichheit des Rechts der Völker. Man macht nämlich bei dieser Operation, welche man vergleichende Jurisprudenz nennt, die Erfahrung, daß bei einer Menge von Rechtssätzen an dieselbe factische Voraussetzung verschiedene Bestimmungen geknüpft werden, und man lernt Dasjenige kennen, was den

[4]) Puchta Pand. §. 49. 54.

Digitized by Google

eigenthümlichen Character des Rechts eines bestimmten Volks bildet. Die alten römischen Juristen fanden auf diese Weise ihr Jus proprium Romanorum und theilten demnach den gesammten Complex ihrer Rechtssätze in jus civile und jus gentium ein [5]).

§. 4.

Man vergleicht die Rechtssätze eines und desselben Volks mit einander, und zwar:

1) die Rechtssätze des geltenden Rechts miteinander. Dabei erfährt man, daß innerhalb desselben Staats an dieselbe factische Voraussetzung sich verschiedene Rechtsbestimmungen knüpfen.

a) in einzelnen geographisch abgegrenzten Bezirken des Staats. Man faßt die Besonderheiten unter dem Ausdruck „Particular-Recht" zusammen im Gegensatz zum gemeinen Recht.

b) rücksichtlich einzelner Classen von Personen oder Sachen. Diese Besonderheiten faßt man unter dem Ausdruck: Jus singulare oder Privilegia zusammen, indem man weiter unterscheidet: privileg. personale und reale. Den Gegensatz (die Regel) nennt man jus commune.

c) man findet, daß viele Rechtssätze bei aller Verschiedenheit ihrer factischen Voraussetzungen, doch einzelne gemeinsame factische Momente als Voraussetzung haben. Indem man hiernach alle Rechtssätze ordnet, gelangt man zu einem Schema derselben. Die römischen Juristen haben, wie oben bemerkt, ein solches aufgestellt, aber die Neueren haben dieses sogenannte

---

[5]) Vgl. meine Abhandlungen: Nationalökonomie und Jurisprudenz, I. S. 6.

Digitized by Google

Institutionen-System [6]) als gänzlich nutzlos wieder aufgegeben.

2) Man vergleicht die Sätze des geltenden Rechts der Gegenwart mit den Sätzen der Vergangenheit. Auf diese Weise findet man, wie zuerst an ein bestimmtes Factum ein bestimmtes jus geknüpft ist und wie nach und nach die Rechtsbestimmung sich geändert oder die factische Voraussetzung Zusätze oder Abänderungen erhalten, während die Rechtsbestimmung dieselbe geblieben ist. Durch dieses Verfahren gelangt man zu der Geschichte eines Rechtssatzes und des Rechts überhaupt. Diese Art von Rechtsgeschichte kann man die äußere oder mechanische nennen, weil sie die einzelnen Veränderungen nicht als Wirkungen bestimmter Ursachen, die einzelnen Momente der Entwickelung nicht nach dem Gesetz der Causalität verkettet. Sie hat überall keinen Werth, sie dient nur zur Ergötzlichkeit der Pedanten und Antiquitäten-Krämer. Werth, d. h. Nutzen, hat nur diejenige Rechtsgeschichte, welche das Recht der Gegenwart aus dem Rechte der Vergangenheit nach dem Gesetz der Causalität erklärt [7]).

§. 5.

Man vergleicht eine abstracte Thatsache, welche die factische Voraussetzung eines Rechtssatzes bildet,

---

[6]) Gaj. I. §. 8.

[7]) Die sog. historische Schule hat sich ein besonderes Verdienst dadurch zu erwerben geglaubt, daß sie diese mechanische Rechtsgeschichte bis zum Exceß cultivirte. Sie übt dadurch noch jetzt einen furchtbaren Druck auf die geistige Entwickelung unserer jungen Juristen aus, und nöthigt sie, nicht bloß eine schöne Zeit auf das Nutzloseste zu vergeuden, sondern macht sie auch unfähig, die Zustände der Gegenwart mit Frische und Klarheit aufzufassen, indem sie den Geist der Jugend unausgesetzt mit der Anschauung längst verschwundener Dinge beschäftigt.

Digitized by Google

mit einer in concreto vorliegenden Thatsache, um die Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes auf dieses Factum zu untersuchen. Dieses Verfahren heißt, wenn die Vergleichung die vollständige Congruenz ergiebt, „Subsumption". Man subsumirt einen concreten Fall unter die einschlagende Rechtsnorm. Ergiebt sich statt der Identität nur die Aehnlichkeit, so kann, wie weiter unten (§. 13) zu erörtern ist, dennoch der Rechtssatz zur Anwendung kommen. In diesem Fall nennt man die Anwendung eine analogische im Gegensatz zur directen. Die Subsumption — direct oder im Wege der Analogie — bildet den Beruf des Practikers. Dem Theoretiker fällt die Anordnung, Darstellung und geschichtliche Entwickelung des Rechts zu.

II. Rechtssätze als Gegenstand der Schlußfolgerung.

§. 6.

Man kann aus Rechtssätzen die Consequenzen ziehen, d. h. einen Rechtssatz auflösen in die einzelnen darin enthaltenen Rechtssätze. Um zu erkennen, ob ein Rechtssatz mehrere Rechtssätze enthält, bedarf es oft besonderer Kenntnisse, z. B. klarer ökonomischer Begriffe. Damit man aus manchen Rechtssätzen die Consequenzen ziehe, muß man wissen, daß Miethe Kauf ist, — daß die societas productiva einen Austausch von Werthen enthält [8]). Jene Consequenzen sind nicht zu verwechseln mit Schlüssen ex ratione legis. Durch Consequenz entstehen also keine neuen Rechtssätze, sondern die schon vorhandenen werden nur bloßgelegt. Umgekehrt kann man eine Anzahl von Rechtssätzen auf einen allgemeinen Satz zurückführen, aus dem sie eine logische Schlußfolgerung bilden. Z. B.

---

[8]) Nationalök. u. J. Heft II. S. 42.

Digitized by Google

läßt sich eine Reihe von Rechtssätzen als eine reine Consequenz des allgemeinen Satzes ansehen: „Niemand kann mehr zurückleisten, als er empfangen hat.“ Auch dies erfordert zuweilen besondere Kenntnisse; man muß z. B. wissen, daß alle Tauschverträge auf Leistung und Rückleistung gehen [9]). Man kann solche allgemeinen Sätze [10]), aus denen andere mit logischer Nothwendigkeit folgen, logische Principien nennen, im Gegensatz von Principien anderer Art.

III. Rechtssätze, betrachtet nach dem Gesetz der Causalität.

§. 7.

Man kann einen Rechtssatz als Wirkung einer Ursache ansehen. Diese Ursachen sind zweifacher Art. Sie können liegen:

1) in dem Drang der factischen Verhältnisse. So sind, wenn eine Staatsgesellschaft von dem Zustande wirthschaftlicher Isolirtheit zur Arbeitstheilung übergeht, eine Menge von Rechtssätzen eine unumgängliche Nothwendigkeit.

2) in der freien Entschließung des Gesetzgebers.

Wir unterscheiden daher für das Causalitätsverhältniß: Ursachen und Motive zu Rechtssätzen. Beides bezeichnen die römischen Juristen durch den Ausdruck ratio legis. Der Ausdruck ist sehr treffend, insofern er die in dem Gesetze liegende Vernunft, d. i. seine Zweckmäßigkeit, ausdrückt und das Gesetz als ein Product verstandesmäßiger Ueberlegung bezeichnet. Wollen sie einen Rechtssatz bloß nach seinem logischen Grunde (§. 6.) rechtfertigen, d. h. nach dem Satz des

---

[9]) Ebendas. Heft III. S. 42. 43. Heft IV. S. 28. ff.

[10]) Siehe unten §. 12.

Digitized by Google

Widerspruchs: so bedienen sie sich einer andern Ausdrucksweise, — in der Regel des Wortes naturalis oder naturaliter. Naturalis ratio [11]) bezeichnet den logischen Grund eines Gesetzes. Die Pflicht, eine grundlose Bereicherung herauszugeben, beruht auf einer bloß logischen Schlußfolgerung, weshalb sie von dem Schuldner sagen naturaliter debet [12]). Nicht immer ist der Rechtssatz das Product verstandesmäßiger Reflexion, sondern oft der Ausfluß eines rein sittlichen Gefühls. In diesen Fällen drücken die Römer das Motiv aus durch quia humanum est, quia bonae fidei consentiens est [13]) etc. Die Frage ist nun: Wie findet man die ratio legis, wenn sie im Gesetz nicht ausgedrückt ist. Wie die Aufgabe sich löst, ist oben ausführlich erörtert [14]).

Die Zurückführung jedes einzelnen Rechtssatzes auf seine ratio ist daher oft eine sehr schwierige Aufgabe, und wir dürfen geradezu behaupten, daß vielen Juristen die Befähigung zu dieser Arbeit zur Zeit noch abgeht. Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, wenn überhaupt von dieser Arbeit abgemahnt wird, weil „durch solches Beginnen das Recht vollständig unsicher gemacht würde". Unsicherer, wie das Civilrecht gegenwärtig ist, kann es wohl schwerlich werden. Davon kann sich Jeder überzeugen, wenn er einen Blick in Bücher, wie v. Vangerow's Pandecten, wirft, wenn er sich vergegenwärtigt, daß man bereits genöthigt ist, Controversen-Lexica anzulegen und die Entscheidung von Streitfällen oft reine Geschmackssache des Richters ist. Gerade die herrschende Unsicherheit des Rechts kann nur

---

[11]) Gaj. II. §. 79.

[12]) L. 5. pr. D. d. auct. tutoris. (26. 8.)

[13]) L. 2. C. d. resc. vend. (4. 44.)

[14]) Siehe oben S. 5 ff.

Digitized by Google

dadurch beseitigt werden, daß wir uns ernstlich an die Auffindung der ratio, d. i. des Zweckes der Rechtssätze machen. Aber man bleibe von diesem Geschäfte weg, solange man sich nicht die nöthige Befähigung erworben hat; sonst wird, wie durch alle Quacksalberei, das Uebel verschlimmert. — Durch die Einsicht in den Zweck eines Rechtssatzes, — und nur dadurch wird man befähigt, den wahren Inhalt desselben in der oft mangelhaften Form des Ausdruckes zu erkennen, das heißt: nur dadurch werden wir befähigt zur Interpretation. Die ratio eines Rechtssatzes entscheidet über die Frage, ob die Worte, in denen er ausgedrückt ist, genügend oder ungenügend sind; — ob der aus den Worten sich ergebende Inhalt zu erweitern oder zu beschränken ist; — ob — wie man sich ausdrückt — extensiv oder restrictiv zu interpretiren ist. Es ergiebt sich ganz von selbst, daß, wenn die ratio trotz sorgfältigster Untersuchung zweifelhaft bleibt, die Worte des Rechtssatzes strenge beobachtet werden müssen. Dies ist die Regel: Im Zweifel (d. h. über die ratio) muß strict interpretirt werden. Man darf nur das als Inhalt des Rechtssatzes annehmen, was mit den Worten desselben bewiesen werden kann. Daß durch extensive Interpretation kein neuer Rechtssatz entsteht, bedarf keiner Bemerkung [15]).

§. 8.

Wenn man durch mechanisches Vergleichen der Rechtssätze der Vergangenheit und Gegenwart findet, daß ein und dasselbe factische Verhältniß im Laufe der Zeit verschieden normirt ist, oder bei fortwährend gleicher factischer Voraussetzung die Norm

---

[15]) Die extensive Interpretation hat nur den Zweck, vollständig zu ermitteln, was der Gesetzgeber sagen wollte.

Digitized by Google

sich geändert hat: so kann man von den einzelnen successiven Veränderungen des Rechtssatzes die Gründe aufsuchen, sodaß sie als Wirkungen bestimmter Ursachen erscheinen. Durch solche Verkettung entsteht neben der äußern (§. 4.) eine innere Rechtsgeschichte. Eine solche, welche für die Juristen der Gegenwart eine reiche Quelle der Belehrung sein und daher einen unschätzbaren Werth haben würde, ist trotz der Schule, welche sich die historische nennt, ein noch ungelöstes Problem. Man begreift, daß die Lösung dieser Aufgabe dieselbe Befähigung erfordert, welche wir eben als die nothwendige Bedingung bezeichnet haben, um Rechtssätze auf ihre ratio zurückzuführen.

§. 9.

Rechtssätze lassen sich — was ihre Betrachtung nach dem Gesetz der Causalität betrifft — nicht bloß als Wirkungen bestimmter Ursachen, sondern auch wiederum als Ursachen bestimmter Wirkungen ansehen. Jeder Rechtssatz greift, wie ein gutes oder schlechtes Arznei-Mittel, in den Organismus der Gesellschaft ein, und hat gute oder schlechte Folgen. Auch diese lassen sich auffinden und zwar auf demselben Wege wie die Ursachen der Rechtssätze. Wäre dies unmöglich, so könnte es eine innere Rechtsgeschichte, wie solche im §. 8. näher characterisirt ist, nicht geben. Denn, um die successiven Veränderungen eines Gesetzes nach dem Gesetz der Causalität mit einander zu verknüpfen, muß ich von dem Gesetze in jeder der verschiedenen Gestalten, welche es im Laufe der Zeit angenommen hat, die Wirkungen auf den Organismus der Gesellschaft angeben können, um mir die erfolgte Aenderung erklären zu können. Denn die Aenderung hatte den Zweck, die mangelhafte Wirkung des Gesetzes in der bisherigen Gestalt zu vervollständigen oder — wenn sie eine üble war — zu beseitigen. Für das geltende Recht der

Digitized by Google

Gegenwart gelangt man auf diese Weise zur Kritik des Rechts und zu Vorschlägen für die Gesetzgebung.

§. 10.

Das fortgesetzte Vergleichen und Schließen, sei es, um sich über Identität, Verschiedenheit und Aehnlichkeit der Dinge oder über das Causalitäts-Verhältniß derselben klar zu werden, oder sie zu ordnen oder zu systematisiren, heißt Denken, und wenn Rechtssätze das Material bilden, juristisches Denken[16]). Hat das Letztere den Zweck, eine Rechtsfrage zu entscheiden: so nennt man es ein juristisches Raisonnement, und wenn dieses wieder den Zweck hat, Jemanden von der richtigen Entscheidung der Rechtsfrage zu überzeugen, eine juristische Deduction oder Rechtsdeduction[17]). Diese ist eine theoretische, wenn die entscheidende Rechtsfrage bloß gesetzt ist, — eine practische, wenn es sich um die Entscheidung einer wirklich in concreto vorliegenden Rechtsfrage handelt. Die Deductionen der Richter sind die Entscheidungs-Gründe der Erkenntnisse, die Deductionen der Anwälte bilden die rechtlichen Ausführungen in den Parteischriften.

§. 11.

Combination und Schlußfolgerungen können so erstaunlich rasch vor sich gehen, daß der Mensch selbst diese Gedankenkette nicht sofort durchschaut, und es ihm zuweilen scheint, als komme ein Gedanke von oben herab durch Inspiration. Solche blitz-

---

[16]) Der sog. „juristische" Verstand ist kein anderer, wie der Verstand überhaupt; dennoch meinen Viele, daß es Jemandem, wenn er gleich überhaupt Verstand habe, doch an juristischem Verstande mangeln könne.

[17]) Es giebt Rechtssätze (vgl. unten §. 17.), welche nicht weiter deducirt werden können; sie werden unmittelbar erkannt.

Digitized by Google

schnell entstandenen Resultate des Denkens, welche in der Volkssprache „Einfälle" heißen, kann man Ideen nennen. Sie können, wie jedes Resultat des Denkens, wahr und falsch sein. Die Untersuchung, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, besteht darin, daß man jene Kette von Schlußfolgerungen, deren Resultat die Idee war, aufsucht und sich zum Bewußtsein bringt. Die Ideen haben das Eigenthümliche, daß sie unwillkührlich entstehen. Die Idee ist daher der gerade Gegensatz gegen die Resultate, welche durch eine absichtliche Untersuchung entstehen. Man kann also auf zwei Wegen durch Schlußfolgerung auf eine Wahrheit kommen:

1) man untersucht und findet, oder
2) man faßt eine Idee und untersucht dann ihre Richtigkeit.

Im letzteren Fall hat man eine Entdeckung gemacht. Es ist hiernach klar, was juristische Ideen sind, — was eine juristische Entdeckung. Der Gedanke z. B., daß die Reception des römischen Rechts in Deutschland die naturnothwendige Folge plötzlicher Veränderungen der factischen Verhältnisse in Deutschland war, ist eine juristische Idee, und diese würde, falls ihre Wahrheit demonstrirt würde, eine juristische Entdeckung sein.

§. 12.

Mehrere Rechtssätze können ein und dasselbe practische Bedürfniß befriedigen, also denselben Zweck haben. Z. B. den Tauschverkehr, den Credit zu befördern. Durch die Auffindung dieses gemeinschaftlichen Zweckes gewinnt man einen Satz, den man Rechtsprincip nennen kann. Rechtssätze, welche durch ihren gemeinschaftlichen Zweck zusammengehalten werden, nennt man passend ein Rechtsinstitut. Alle einzelnen dazu gehörigen

Digitized by Google

Rechtssätze folgen aus jenem Principe nach dem Satz vom Widerspruch, d. h. sie bilden logische Schlußfolgerungen aus diesem Principe [18]). Diese Principien des Civilrechts sind entweder ökonomische [19]), oder ethische. Mit anderen Worten: alle Rechtssätze haben entweder den Zweck, den Anforderungen der National-Oeconomie zu genügen oder der Moral. Die Anforderungen der Letzteren sind Humanität und Aequität. Die Rechtsprincipien, soweit sie Moralprincipien sind, lassen eine weitere Zergliederung nicht zu und theilen alle darauf basirenden Rechtssätze einfach in zwei Classen. Die Rechtsprincipien dagegen, soweit sie nationalökonomische Grundsätze enthalten, lassen sich zergliedern und umgekehrt zu höheren Principien vereinigen. Auf diese Weise vereinigen sich kleine Rechtsinstitute zu größeren und so fort.

§. 13.

Hat man von einem Rechtssatz das Princip gefunden, so kann man nach dem Satze des Widerspruchs weitere Sätze entwickeln und ist berechtigt sie als Rechtssätze zu behandeln, soweit dies nicht ausdrücklich untersagt ist. Der Rechtssatz z. B., daß der Mandatar rücksichtlich der ihm übergebenen Werthe dem Mandanten Rechnung abzulegen hat, beruht auf dem volkswirthschaftlichen Grundsatze, daß der Staat nach Möglichkeit alles Mißtrauen zu beseitigen hat, welches im Verkehr das

---

[18]) Vgl. oben Abhandlung I. Hier sind eine Menge von Rechtsinstituten genannt und eine Menge Rechtssätze angedeutet, welche durch ihren gemeinschaftlichen Zweck zusammengehalten werden und Consequenzen aus Einem Princip sind.

[19]) Es muß hier bemerkt werden, daß ein ökonomisches Princip verschieden ist von einem allgemeinen Satz, auf den man mit Hilfe ökonomischer Kenntnisse und Begriffe mehrere Rechtssätze zurückgeführt hat. Vgl. §. 6.

Digitized by Google

Anvertrauen von Werthen hindert, woraus der allgemeine Satz folgt: — daß Jedermann, der fremde Werthe empfängt, um daran oder damit Etwas vorzunehmen, Rechnung abzulegen hat, mithin auch der conductor operis [20]). Dies Verfahren nennt man Analogie. Geschieht hier die Schlußfolgerung, durch welche der neue Rechtssatz gefunden wird, aus dem nächsten Princip des Gesetzes, so nennt man dies Gesetzes-Analogie, — wird aus einem höheren Princip geschlossen, Rechts-Analogie. Man unterscheidet also bei der Anwendung eines Gesetzes die directe und die analogische. In dem eben genannten Beispiele wäre also die Pflicht des Mandatars zur Rechnungsablage analogisch auf den conductor operis ausgedehnt worden. Bei der analogischen Anwendung eines auf Moralprincip beruhenden Rechtssatzes, kann der Grund nur: quia aequum est, sein [21]). Diese im Wege der Analogie gefundenen Rechtssätze beruhen auf Deduction der Juristen. Es ergiebt sich also in Beihalt des oben (§. 6.) Gesagten, daß alles deducirte Recht zweierlei Art ist. Es besteht entweder:

1) aus rein analytischen Sätzen, wenn nämlich der deducirte Satz nichts Neues enthält. Z. B. alle Interceſſionen der Frauenzimmer sind anfechtbar, folglich ist die Bürgschaft eines Frauenzimmers anfechtbar.

---

[20]) Es muß hier bemerkt werden, daß die analogische Anwendung eines auf ökonomischem Princip beruhenden Rechtssatzes verschieden ist von der bloßen Consequenz mit Hilfe nationalökonomischer Begriffe. Vgl. §. 6.

[21]) Der Rechtssatz z. B., daß der Verkäufer gegen laesio enormis geschützt ist, beruht ausdrücklich nur auf dem Grunde der Humanität (quia humanum est). Die analogische Anwendung desselben auf den Käufer würde daher geschehen müssen, quia aequum est. Es würde sonst ein Widerspruch vorliegen, den Jeder fühlen würde und den der Gesetzgeber auf keine Weise erklären könnte.

Digitized by Google

2) aus synthetischen Sätzen, wenn im Wege der Analogie verfahren wird, wo der deducirte Satz Etwas enthält, was in dem Rechtssatze, der analogisch angewandt wird, der also der Deduction zur Basis dient, nicht enthalten ist [22]).

§. 14.

Es ergiebt sich aus dem Bisherigen, daß die Sätze des Civilrechts auf ökonomischen, ethischen und logischen Gründen beruhen oder, was dasselbe heißt, — die Principien des Civilrechts dreierlei Art sind. Es giebt ferner noch Rechtssätze, die weder auf eine Ursache noch auf ein Motiv zurückzuführen sind, noch auf logischer Schlußfolgerung beruhen: — es sind Sätze der Mathematik in der Form von Rechtssätzen, welche also aus einem mathematischen Grunde absolut nothwendig sind. Sofern nämlich der Gesetzgeber über Dinge bestimmt, welche unter den Begriff der Quantität fallen, ist er an die allgemeinen Grundsätze der Mathematik gebunden. Es giebt Rechtssätze, welche Nichts weiter enthalten, als den Satz: Jede Größe ist sich selbst gleich. Dahin gehören alle diejenigen, welche ich oben in die Formel gefaßt habe: Niemand kann mehr zurückleisten, als er empfangen hat. Indessen ist es oft nicht ohne Schwierigkeit, von einzelnen Rechtssätzen nachzuweisen, daß sie bloße Schlußfolgerungen aus einem einfachen mathematischen Grundsatz sind [23]). Wir werden weiter unten im Kap. 2. finden, daß Rechte als Größen aufgefaßt werden und es Rechtssätze giebt, die sich über dies Größenverhältniß aussprechen; auch diese beruhen also auf einem mathemathischen Grunde. — Man sieht ferner, daß eine Vereinigung dieser vier Elemente unter

---

[22]) Aus diesem Grunde muß man das Juristenrecht allerdings als Rechtsquelle bezeichnen, was von Einzelnen, z. B. Kierulff, bestritten wird.

[23]) Vgl. Nat.-Dek. u. J. Heft IV. S. 28—39.

Digitized by Google

ein höheres Princip unmöglich ist, und insofern ein System des Civilrechts nicht hergestellt werden kann. Ein System ist nur insofern möglich, als Einer der vier Complexe systematisirt wird und die andern drei sich anschließen. Oben haben wir ferner nachgewiesen, warum nur der ökonomische Theil geeignet sei, den Stamm zu bilden und ausführlich erörtert, wie der Anschluß der drei anderen Complexe zu bewerkstelligen ist.

Kap. 2.

Die juristischen Begriffe.

I. Als Gegenstand des Vergleichens.

§. 15.

Indem man die juristischen Begriffe mit einander vergleicht, gelangt man dahin, ihre Grenzen genau zu bestimmen, und zu erkennen, ob der Begriff seine eigene abgesonderte Sphäre hat, oder, ob er ganz oder theilweise in die Sphäre eines andern Begriffs hineinfällt. So gelangt man zur Definition und Classification einmal der factischen Voraussetzungen der Rechtssätze und ferner der einzelnen Rechte. Dadurch werden indirect auch die Rechtssätze classificirt.

§. 16.

Recht ist die Möglichkeit eines Zwangs. Vergleicht man die einzelnen Rechte wieder miteinander, und untersucht, worin der Zwang besteht, so sondert sich eine Menge von Rechten aus, vermöge deren man Jemanden zwingen kann, einen Gegenstand zu geben oder zu lassen, der einen Werth hat. Wir erkennen also Rechte als ideelle Surrogate von Werthen

Digitized by Google

und fassen diesen gesammten Complex von Rechten unter dem Begriff Vermögensrechte zusammen. Das Object, dessen Surrogat das Recht ausmacht, wird als Rechts-Object bezeichnet. Die Rechtsobjecte sind, mit einander verglichen, entweder Sachen oder Productivdienste (d. h. Nutzung) von Capital oder Arbeit. Oft ist das unmittelbare Rechtsobject wiederum ein Recht, das aber schließlich doch in einem realen Werthe sein Aequivalent hat. Den Gegensatz der Vermögensrechte bilden diejenigen, deren Object keinen Werth hat. Dies sind die Rechte der Ehegatten gegen einander, der Eltern und Kinder und der Verwandten gegen einander, welche unter dem Ausdruck: „Familienrecht" zusammen gefaßt werden. Bei den Vermögensrechten entdecken wir ferner, daß sie bei demselben Object einen größeren oder kleineren Inhalt haben, d. h. mehr oder weniger Befugnisse enthalten; endlich, daß sie eine verschiedene Wirksamkeit haben. Es ergiebt sich, daß alle Vermögensrechte unter den Begriff der Größe, — Quantität fallen, und zwar in dreifacher Beziehung. Ihre Größe ist eine extensive, intensive und effective.

II. Als Gegenstand der Schlußfolgerung.

§. 17.

Wenn Rechte Größen sind: so sind sie den allgemeinen Grundsätzen der Mathematik unterworfen und können als Größen mit einander verglichen werden. Aus der Anwendung mathematischer Grundsätze auf die Rechte, entstehen Sätze, welche nothwendig Rechtssätze sind. Denn die Rechte sind Begriffe, welche aus Rechtssätzen abstrahirt sind; soweit sie also als Größen erscheinen, sind sie vom Gesetzgeber als solche aufge-

Digitized by Google

gefaßt, und damit sind die Consequenzen dieser Auffassung gebilligt [24]). — Vergleichen wir zunächst:

A. Die Rechte als Quantitäten untereinander:

1. als extensive Größen.

§. 18.

Wir finden, daß ein Recht seinem Object nach größer sein kann, wie ein anderes; z. B. eine Schuldforderung größer als eine andere. Insofern sich alle Objecte von Vermögensrechten in einem abstracten Werth ausdrücken lassen, wird die Betrachtung dieses Größenverhältnisses bei den verschiedensten Vermögensrechten möglich.

2. als intensive Größen.

§. 19.

Wenn wir den verschiedenen Inhalt der Vermögensrechte vergleichen: so sondert sich zunächst ein Complex von Rechten ab, welche sich auf das uti frui von Sachen beschränken. Es trennt sich das Recht der vollsten Disposition vom Nutzungsrecht und dieses spaltet sich wieder, jenachdem die Nutzung mehr oder weniger ausgedehnt ist, namentlich in diejenigen Rechte, welche auf das bloße uti oder auf das frui gehen.

---

[24]) Es giebt also Rechtssätze, deren Geltung eine mathematische Nothwendigkeit ist; sie beruhen auf unmittelbarer Anschauung, wie die Sätze der Mathematik. Daraus folgt: 1) diese Sätze sind unfehlbar; es gilt also von ihnen nicht die Vorsichtsmaßregel, welche in l. 1. D. d. R. J. (50. 17.) für regulae juris aufgestellt ist; 2) das sog. Juristenrecht ist nicht bloß ein deducirtes, sondern auch ein intuitives. Vgl. oben §. 14. und §. 10.

Digitized by Google

3. als effective Größen.

§. 20.

Wir finden:

a) daß manche Rechte allgemein, andere nur gegen bestimmte Personen wirken, m. a. W., daß der Zwang gegen Jedermann oder nur gegen besondere Personen gerichtet ist. Indem die römischen Juristen die Rechte sich im Zustande der Verletzung denken und sie daher durch den Ausdruck actiones bezeichnen, drücken sie jenen Unterschied der Rechte aus durch actio in rem und actio in personam. Wenn bei der ersteren Classe das Object eine Sache ist, so nennt man die Rechte Sachenrechte und diese spalten sich nach ihrem Inhalt (§. 19.) in dominium und jus in re aliena und die letzteren wieder in: emphyteusis, superficies, servitus und pignus. So führt die mathematische Betrachtung der Vermögensrechte zu der Classification der Sachenrechte, die wir in allen Compendien des Civilrechts finden.

§. 21.

Wir finden:

b) daß mehrere Personen an derselben Sache dasselbe Recht (dem Inhalt nach) haben und diese Rechte sich nur ihrer Wirksamkeit nach von einander unterscheiden. So trennt sich: der Besitz, das publicianische Recht, das Eigenthum an der Sache. Der Eigenthümer treibt den bonae fidei possessor aus, dieser den bloßen possessor, dieser jeden Andern.

§. 22.

Wir finden ferner:

c) daß einzelnen Rechten die Klagbarkeit (actio) entzogen ist, und sie nur im Wege der Einrede (exceptio) geltend

Digitized by Google

gemacht werden können. Forderungsrechte der ersten Art nennen die Römer: obligationes naturales im Gegensatz von civiles.

§. 23.

Wir finden ferner:

d) Rechte, deren Wirksamkeit durch eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung suspendirt ist. Den Eintritt der Wirksamkeit des Rechts drücken die Römer aus durch: dies venit, im Gegensatz zur bloßen Existenz des Rechts: dies cedit. Die bloße Aussicht, ein Recht zu erwerben, heißt: jus futurum im Gegensatz von jus quaesitum.

§. 24.

Wir finden endlich:

e) Rechte, welche an ein bestimmtes Subject geknüpft sind, so daß sie auf keinen Andern übertragbar sind und mit dem Untergang des Subjects erlöschen. Dies ist allen Nutzungsrechten eigenthümlich, welche unter den Begriff der Servituten fallen. Das Subject kann sich hier durch das Eigenthum an einem Grundstück bestimmen. Dadurch trennen sich die Personal-Servituten (ususfructus, usus, habitatio und operae servorum) von den Prädialservituten. Neben diesen treten noch Realrechte hervor.

B. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Mathematik auf die Vermögensrechte.

§. 25.

1. Jede Größe ist sich selbst gleich. a = a.

Dieser Satz lautet bei den römischen Juristen: Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet [25]). Ange-

[25]) L. 54. D. d. R. J. (50. 17.)

Digitized by Google

wandt auf das Verhältniß des Erblassers zum Erben: Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit [26]). Zum Legatar: Absurdum est plus juris habere, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem si viveret [27]). Angewandt ferner auf die Tradition des Eigenthums: Fundus transfertur cum servitutibus [28]). Angewandt endlich auf die Theorie der jura in re aliena, folgt der wichtige Satz: Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum. Endlich gehört auch der Rechtssatz hierher: — Plures eandem rem possidere non possunt. Denn der Jurist Paulus motivirt diesen Satz so: — non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. L. 3. §. 5. D. d. A. P. (41. 2.) Da vermöge eines besonderen Rechtssatzes der Eigenthumserwerb durch Occupation und Tradition den Besitzerwerb bedingt: so gilt consequenterweise auch der Satz: Duorum in solidum dominium esse non potest.

§. 26.

2. Das Ganze ist größer als der Theil.

Dies drückt der allgemeine Satz aus: Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere [29]); und: In eo quod plus sit, semper inest et minus [30]). Specielle Anwendungen: — Wer den ususfructus an einer Sache

---

[26]) L. 120. eod.

[27]) L. 160. §. 2. eod.

[28]) L. 20. D. d. A. R. D. (41. 1.)

[29]) L. 21. D. d. R. J. (50. 17.)

[30]) L. 110. eod.

Digitized by Google

hat, hat auch den usus; — wer den actus hat, hat nothwendig den iter.

Auf rein mathematischer Anschauung beruht die Theorie der jura in re, — die Möglichkeit verschiedener jura in re neben dem dominium an derselben Sache. Diese jura in re sind Theile des Eigenthums an der Sache, so daß die Summe der einzelnen jura in re mit den übrig bleibenden Befugnissen des Eigenthümers = dem vollen Eigenthum an der Sache ist. Die Theorie der jura in re beruht also auf der mathematischen Vorstellung des Ganzen zu seinen Theilen. Das volle Eigenthum ist intensiv größer, als die Emphyteuse, Superficies, Servitut und das Pfandrecht, — dies sind Sätze, welche darauf hinauslaufen, daß das Ganze größer ist als sein Theil. — Aus dieser Anschauung folgt weiter mit Nothwendigkeit der Rechtssatz: — daß der Eigenthümer, welcher eine Servitut an seiner Sache constituirt, dadurch von der Nutzung der Sache nicht ausgeschlossen wird. Ihm verbleiben dieselben Nutzungsbefugnisse, die der Servitut-Berechtigte hat, und er kann sie ausüben, soweit er dadurch die Servitut nicht beeinträchtigt [31]).

C. Aus der Eigenschaft der Vermögensrechte als Größen folgen nach dem Satze des Widerspruchs weitere Consequenzen.

§. 27.

1. Das Recht als Größe ist des Zuwachses und der Abminderung fähig, und zwar:

a) Extensiv, durch Zuwachs und Abminderung des Objects. Die Vergrößerung des Letzteren nennt man Accession. Für Grundstücke werden von den römischen Juristen als

---

[31]) L. 15. §. 1. D. d. usu. (7. 8.)

Digitized by Google

einzelne Fälle angeführt: Alluvio, avulsio, plantatio, inaedificatio, alvei mutatio. Für bewegliche Sachen die adferruminatio. So können mit dem Object das Eigenthum und die übrigen Sachenrechte, und ebenso auch Forderungsrechte wachsen. Betrachtet man das Object als abstracten Werth, so kann der Zuwachs durch die Steigerung des Marktwerths erfolgen. Beruht die Wertherhöhung in einer menschlichen Handlung: so heißt sie Melioration Dieser entspricht die Deterioration. Es ergiebt sich, daß mit dem Untergange des Objects das Recht erlischt. Und dem Untergange gleich steht die Unkenntlichkeit des Objects. Daher geht das Eigenthum am Gelde nothwendig unter, wenn es mit fremden Gelde vermischt wird.

b) intensiv, durch Zuwachs und Abminderung des Inhalts. So kann aus dem usus an einer Sache ein ususfructus werden. Das Eigenthum an einer Sache kann durch Constituirung von jura in re sich immer mehr verengern, und fast ganz zusammenschmelzen. Der Emphyteuse gegenüber zeigt sich der Inhalt des dominium nur noch in dem Heimfall des Grundstückes an den dominus und in dem Recht der Privation unter bestimmten Voraussetzungen. Das durch jura in re beschränkte dominium kann sich wieder bis zum vollen Eigenthum erweitern, das letztere ist aber eines Zuwachses intensiv nicht weiter fähig, weil es die vollste rechtliche Herrschaft über eine Sache enthält.

c) effectiv, durch Zuwachs oder Abminderung der Wirksamkeit. Es kann:

α) ein Pachtrecht sich umwandeln in einen ususfructus oder eine Emphyteuse, also die ursprüngliche actio in personam in eine actio in rem. Und umgekehrt:

β) der bloße Besitz kann sich verwandeln in das Publicianische Recht, dieses in das volle Eigenthum.

Digitized by Google

γ) Eine naturalis obligatio kann zur civilis werden. So durch Novation; ferner, wenn der, welcher das beneficium competentiae hat, zu Vermögen gelangt. Umgekehrt kann eine civilis obligatio sich zu einer naturalis verengern. So wenn der Schuldner das benef. compet. erlangt und nach Ansicht mancher Juristen, wenn eine Verjährung der Klage eingetreten ist.

δ) Ein bedingtes oder betagtes Recht kann ein pures werden und umgekehrt.

§. 28.

Ein gemeinsamer oder vielmehr allgemeiner Maßstab für die Größe der Vermögensrechte ist der Werth [32]). Dieser wird nicht bloß bestimmt durch das Rechtsobject, sondern auch durch den Inhalt und die Wirksamkeit des Rechts. Der bloße Besitz, obgleich er dem Object nach vom Publicianischen Recht und dem Eigenthum nicht verschieden ist, ist dennoch werthlos [33]), oder hat doch stets einen geringeren Werth wie diese beiden Rechte. Andererseits ist der Werth des Eigenthums wieder größer, wie der des Publicianischen Rechts. Es ergiebt sich, daß der Werth eines Vermögensrechts ganz verschieden ist vom Werthe des Rechtsobjects. Wo das Recht noch einer Realisirung bedarf, wie bei allen Forderungsrechten, ist der Werth des Rechts stets kleiner, wie der des Objects. Die römischen Juristen drücken dies durch den Satz aus: Minus est actionem quam rem habere. Es ergiebt sich weiter, daß ein Vermögensrecht als Werth eines Zuwachses und einer Abminderung fähig ist, ohne daß eine Werthänderung des Objects oder eine Aenderung am Inhalt oder der Wirksamkeit des Rechts eintritt.

---

[32]) Dieser Begriff setzt die Erfindung des Geldes voraus.

[33]) Vgl. Brinz. Pand. S. 653 ff.

Digitized by Google

So bei Rechten, welche Gegenstand des Handelsverkehrs, also Waare sind, insofern die Waare ihren Werth nach dem Verhältniß von Angebot und Nachfrage ändert. — Insofern alle Vermögensrechte sich als abstracte Werthe ausdrücken lassen, können die verschiedensten Rechte mit einander verglichen und gegen einander compensirt werden. Daher heißt es in l. 14. pr. C. d. compens. (4. 31.): Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

§. 29.

Eine weitere Consequenz aus der Eigenschaft eines Rechts als Größe ist:

2. die Theilbarkeit des Rechts. Die Theile lassen sich durch eine Zahl nur ausdrücken, wenn der Gegenstand des Rechts eine Vielheit von res corporales ist oder zwar eine einzelne Sache, welche sich aber als eine Vielheit von Einheiten (nach Maß oder Gewicht) auffassen, und somit unter den Begriff einer Zahl bringen läßt [34]). Untheilbar würden demnach alle Rechte sein, deren unmittelbarer oder mittelbarer Gegenstand a) eine res corporalis ist, die sich nicht als Vielheit von Maß- oder Gewichts-Einheiten auffassen läßt oder b) immaterieller Natur ist, also in den Productivdiensten einer Sache oder einer Arbeitskraft besteht. Mithin alle jura in re und alle Forderungsrechte, welche auf das uti frui einer Sache oder einer Arbeitskraft gehen.

---

[34]) Grundstücke sind Körper (Pyramiden); sie werden aber practisch als Flächen aufgefaßt, durch Flächenmaß bestimmt und so auf Zahlen gebracht.

Digitized by Google

§. 30.

Allein es giebt (ad §. 29b) Fälle, in denen eine Theilung der Sache eine Theilung ihrer Nutzungen enthält. Dadurch kann unter Umständen das oben gedachte Hinderniß der Theilbarkeit wegfallen bei der emphyteusis, der superficies, und dem ususfructus, auch beim Pfandrecht. Ebenso bei Pachtrechten. Sie bleiben aber relativ untheilbar [35]). Absolut untheilbar blieben aber von den Rechten mit immateriellen Objecten immer noch: die Servituten, mit Ausnahme des usufructus [36]). Ferner Mieth- oder Pachtrechte, wenn die Theilung der res locata keine Theilung der Nutzungen enthalten würde; endlich alle Nutzungsrechte, deren Gegenstand die Arbeitskraft eines Menschen ist, mögen es Servituten oder Forderungsrechte sein [37]).

§. 31.

Der „Werth" bringt jedes Vermögens-Recht auf eine Zahl, welcher Art das Rechtsobject auch sein möge. Dadurch werden alle Vermögensrechte theilbar, vorausgesetzt, daß sie tauschfähig, also übertragbar sind. Insofern werden also auch 1) res corporales, die sich nicht als Vielheit von Maß- oder Gewichtseinheiten auffassen lassen (§. 29a), theilbar; ferner fällt 2) für die Prädialservituten die absolute Untheilbarkeit (§. 30) weg, da sie in und mit dem praed. dominans übertragbar sind, ihr Werth also besonders berechnet werden

---

[35]) Der ager vectigalis ist aus einem besonderen Grunde für absolut untheilbar erklärt. L. 7. pr. D. Commun. div. (10. 3.): Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum; magis autem debet judex abstinere hujusmodi divisione; alioquin „praestatio vectigalis confundetur."

[36]) Vgl. jedoch unten §. 31. und cit. l. 7. D. Comm. divid. (10. 3.)

[37]) Puchta Pand. §. 222.

Digitized by Google

kann. Untheilbar auch dem Werthe nach würden nur die Personalservituten bleiben. Somit auch der ususfructus [38]); allein wenn auch das jus fruendi hier untheilbar ist: so kann doch eine Theilung der Nutzung, — weil sie übertragbar ist — stattfinden. Dies ist beim usus nicht der Fall, weil die Nutzung hier ganz auf das individuelle Bedürfniß des Berechtigten beschränkt ist; allein für die Frage der Theilbarkeit haben die römischen Juristen das Moment ignorirt. Wo mehreren Personen ein gemeinschaftlicher usus an einer Sache zugewendet ist, tariren die Römer die Nutzung (als sei das Recht ein ususfructus) und theilen sie dem Werthe nach [39]).

§. 32.

3. Man kann eine Größe und folgeweise, auch ein Vermögensrecht, = 1 setzen, d. h. als eine Summe von Theilen auffassen, welche zusammen = 1 sind. Dadurch wird eine Theilbarkeit für Vermögensrechte möglich, welche rein ideal ist, im Gegensatz zu der realen Theilbarkeit des Rechts (dem Objecte oder dem Werthe nach). Die römischen Juristen drücken das rein Ideale dieser Theilung aus durch juris intelleetu. Durch diese Theilungsart entsteht der Begriff einer res communis, ferner des Mitbesitzes und des Miteigenthums nach intellectuellen Theilen oder Quoten. Endlich Forderungsrechte, deren Gegenstand ein quoter Theil einer Sache ist.

§. 33.

4. Es folgt weiter, daß man mehrere Rechte, also auch ein ganzes Vermögen = 1 setzen und nach Quoten theilen kann. Eine

[38]) Dessen, wenigstens relative, Theilbarkeit sonst möglich war. (§. 30.)
[39]) L. 10. §. 1. D. Communi div. (10. 3.)

Digitized by Google

solche Einheit nennen die römischen Juristen „universitas“. Eine solche bildet bei den Römern stets der Nachlaß eines Verstorbenen, — die hereditas; der Erwerb der Erbschaft ist daher die Successio in eine Einheit, weshalb sie succ. per universitatem heißt, — und geschieht, weil die Einheit etwas ganz ideales ist, nothwendiger Weise durch eine bloße Willenserklärung. — Der Universalsuccession gegenüber steht die Singular-Succession, welche, weil eben die hereditas eine abstracte Einheit ist, also nicht nothwendig alle Erbschafts-Gegenstände begreift, sehr wohl für einzelne Objecte neben jener bestehen kann. Ein besonderer Grundsatz der Römer ist es, daß, wenn mehrere Erben auch nach Quoten eingesetzt werden, und später die Erbschaft nach diesen Quoten realiter theilen, doch sowohl für die testamentarische Verfügung als für den Eintritt der Erben in den Nachlaß, dieser als eine geschlossene Einheit behandelt wird. Daraus folgen zwei wichtige Sätze: 1) nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest; 2) wenn ein Miterbe nicht erben kann oder will, so accrescirt seine Portion dem andern Erben ipso jure [40]).

III. Juristische Begriffe nach dem Gesetz der Causalität betrachtet.

§. 34.

Rechtsbegriffe sind Abstractionen aus Rechtssätzen. Der Grund, weshalb sie gebildet worden sind, ist oben angegeben. Es ist daher, strenge genommen, unmöglich, Rechtsbegriffe, also auch Rechte und das Recht (Befugniß) überhaupt (als das

---

[40]) Puchta Pand. §. 505.

Digitized by Google

höchste Abstractum der einzelnen Rechte), weiter nach dem Causalitäts-Gesetz zu betrachten. Aber man hat die rein ideale Natur der Rechte und des Rechts vergessen und sie sich als etwas wirklich Seiendes gedacht. Man hat ignorirt, daß die einzelnen Rechte Nichts seien, als Rechenpfennige, welche der Verstand sich construirt hat, und sie als etwas Reales aufgefaßt. Auf diesem Standpunct angelangt, fragte man natürlich nach Ursache und Wirkung der Rechte und des Rechts im Allgemeinen. Anstatt die Bedingungen der Rechte, d. h. des Zwangs, den Rechtssätze vorschreiben, zu untersuchen, sprach man von Entstehung und Untergang von Rechten, und des Rechts überhaupt; da ferner jedes Ding, das seine Ursache haben muß, auch wiederum als Ursache von Wirkungen zu betrachten ist, — so gab es, um die Auffassung für Rechte durchzuführen, keinen andern Weg, als die Klagbarkeit, welche ja eigentlich das ganze Recht ausmacht (wie denn auch die Römer Recht und actio identisch gebrauchen), von dem Rechte abzulösen und als Wirkung des Rechts zu betrachten. So finden wir denn in den Compendien des Civilrechts die Aufzählung der Rechte (Eigenthum, Servitut u. s. w.), — dann von jedem eine Definition, die nie genau passen will, weil es von den Rechten nur eine approximative Beschreibung geben kann: dann die Entstehungs- und Endigungsgründe, dann den Schutz durch Klage und Einrede. Die einzelnen Rechte faßte man ferner zusammen und bildete daraus das höchste Abstractum des Rechts (Befugniß) überhaupt und machte damit denselben Turnus durch. So gelangte man zu dem allgemeinen Theil des Civilrechts, den Niemand verstehen konnte, wenn er nicht den speciellen Theil kannte, der aber stets zuerst vorgetragen wird, weil man meint, man müsse stets vom Allgemeinen zum Besondern übergehen.

Digitized by Google

Die Thorheit ist kaum zu begreifen. Der Weg der Natur ist vom Speciellen und Concreten zum Allgemeinen und Abstracten überzugehen. Denn alle abstracten Begriffe enthalten Theilvorstellungen vom Concreten, — und wie kann ich mir den Theil vorstellen, ohne vom Ganzen eine Vorstellung zu haben. Es ist dies für die Jurisprudenz eine traurige Folge Hegel'scher Philosophie, welche Abstracta für Realitäten hält, d. h. Papiergeld für klingende Münze! — Nachdem man, wie oben gesagt, die actio vom Recht abgetrennt und wieder als besonderes Recht aufgefaßt hatte, untersuchte man wieder die Entstehungs- und Endigungsgründe der Klagerechte und des Klagerechts überhaupt und gelangte natürlich, da jede Thorheit nothwendig andere Thorheiten gebähren muß, zu dem Unsinn: daß eine Klage verjährt sein könne, während das Recht bei Bestand geblieben.

§. 35.

Da die Rechte als abstracte Begriffe sich nicht nach dem Gesetz der Causalität betrachten lassen (§. 34), so können aus ihnen Sätze nur gebildet werden, insofern man sie als Größen auffaßt (§. 16—33). Die Richtigkeit dieser Sätze beruht also auf einem mathematischen Grunde. Man kann also die Rechte an sich, d. h. insofern sie nicht als bloße Repräsentanten von Rechtssätzen betrachtet werden, nur ordnen als Größen, d. h. nach mathematischen Principien. Da nun aber nicht alle Privatrechte sich als Größen betrachten lassen, sondern nur die Vermögensrechte, da ferner innerhalb dieses Gebiets eine Menge von Rechtssätzen nicht auf mathematischen Principien beruht: so ergiebt sich, daß ein System von Rechten, nie ein System des Civilrechts sein kann.

Digitized by Google

§. 36.

Unsere Compendien des Civilrechts sind Systeme von Rechten und wollen sein ein System des Civilrechts. Darin liegt ein Widerspruch. Es folgt daraus von selbst, daß in ihnen nur in demjenigen Theile Uebereinstimmung herrscht, der auf mathematischen Principien beruht; — im Uebrigen aber, weil man eben principienlos ist, herrscht die größte Verschiedenheit und die größte Willkühr.

§. 37.

Die Aufgabe unserer Jurisprudenz ist: — das System von Rechten fahren zu lassen und ein System von Rechtssätzen nach ökonomischen, ethischen und logischen Principien zu geben. Dabei kann man die auf Abstraction beruhenden Rechtsbegriffe als gute Hilfsmittel fürs Gedächtniß stehen lassen, und die nach mathematischen Principien aus ihnen gebildeten Sätze, insofern sie selbst Rechtssätze sind, dem übrigen System in passender Weise, d. h. nach dem Gesetze der Ideenassociation, anschließen.

§. 38.

Unser deutsches Civilrecht trennt sich, in Vorträgen und Büchern, in das römische und deutsche Privatrecht. Eine Vereinigung beider Disciplinen zu Einem System wird noch immer für unmöglich gehalten. Zunächst findet diese Unmöglichkeit wirklich nur in dem Theile statt, der auf ökonomischen Principien beruht. Diese Verschiedenheit des deutschen und des justinianischen Rechts beruht darauf, daß das Mittelalter eines jeden Volks von ganz andern volkswirthschaftlichen Principien

Digitized by Google

beherrscht wird, wie die spätere Zeit der Civilisation. Daraus folgt, aber daß die Nationalökonomik den allgemeinen Gedanken bietet, durch den jene heterogenen Rechtscomplexe zusammengehalten werden [41]).

---

[41]) National.-Oek. u. J. Heft I. S. 10.

Digitized by Google

II.

Natur und Recht. Gewohnheit und Gewohnheitsrecht.

§. 1.

Es scheint, als sei der Mensch im Zustande der Vereinzelung im vollen Genuß dessen, was wir *Freiheit* nennen. Allein diese Freiheit ist nur insoweit vorhanden, als er unabhängig *von Menschen* ist. Der isolirte Mensch ist unfrei, und zwar gerade durch seine Isolirtheit, — *gegenüber den rohen Kräften der Natur*, welche ihn fortwährend zu überwältigen drohen und gegen welche er den Kampf auf die Dauer nicht aushält. Die Vereinigung der Menschen zur Gesellschaft enthebt den Einzelnen allmählig dieser Sclaverei und entreißt ihn den tausend Gefahren, denen er unaufhörlich ausgesetzt ist. Die Gesellschaft *überwältigt* die rohen Kräfte der Natur, indem sie mit vereinter Anstrengung Einrichtungen trifft, welche gegen sie schützen und *macht sie sich dienstbar*, indem sie ihnen eine Richtung giebt, in welcher sie die Lage der Gesellschaft verbessern. Der isolirte Mensch, ein Sclave der Natur, macht als Glied einer Gesellschaft die Natur zur Sclavin. Die Unterwerfung der Naturkräfte ist *Civilisation*; der *erste Schritt* ist also die Vereinigung der Menschen zur Gesellschaft.

Digitized by Google

§. 2.

Es ist eine müssige Frage, ob der Mensch zum geselligen Leben bestimmt sei. Es läßt sich weder behaupten, daß er einen Trieb zur Geselligkeit, noch, daß er einen Trieb zur Isolirtheit habe. Ob er in dem einen oder dem andern Zustande lebe und daran Gefallen finde, hängt von Umständen ab. Die Vereinigung der Menschen kann und ist durch verschiedene Veranlassungen geschehen. Daß die Gesellschaft, wenn sie einmal entstanden ist, fortbesteht, beruht auf einem Naturgesetz. Es ist dies das Gesetz der Attraction, welche der Grund und Boden, auf welchem man lange gelebt, die Menschen, mit denen man lange verkehrt hat, ausübt. Heimweh und Vaterlandsliebe sind Ausdrücke, mit denen man die Wirkungen dieses Gesetzes bezeichnet.

§. 3.

Das gesellschaftliche Leben erfordert nothwendig eine Beschränkung der individuellen Freiheit des Einzelnen. Die Gesellschaft kann nicht bestehen, sie löst sich nothwendig in ein bellum omnium contrà omnes auf, wenn Jeder seinen natürlichen Trieben und seiner eigenthümlichen Gemüthsrichtung zügellos nachgeht, und nur das gelten lassen will, was seine subjective Reflexion als richtig und gut anerkennt. Aber der Mensch gewinnt als Glied der Gesellschaft bei Weitem mehr an Freiheit als er opfert. Der Unterthan eines absoluten Despoten in einem civilisirten Staate ist unendlich viel freier, wie der Einsiedler im Urwald.

§. 4.

Die nothwendige Beschränkung der individuellen Freiheit, welche durch den Willen der Gesellschaft dem Einzelnen auf-

Digitized by Google

erlegt wird, bildet den Begriff des Rechts. Natur und Recht sind Gegensätze, die sich einander ausschließen. Es ist daher sehr unrichtig eit ‚wo sin einem Staate der natürlichen Freiheit des Einzelnen Spielraum gelassen ist, von einem Naturrecht zu reden; denn alles Recht ist menschliche Satzung, oder, wie man es auszudrücken pflegt, alles Recht ist positiv. Es giebt also z. B. kein Recht der Selbsthilfe, sondern einen natürlichen Trieb im Menschen, gegen erlittene Verletzungen zu reagiren, welcher durch das Recht beschränkt ist; es giebt kein Recht der Ehe, sondern nur rechtliche Beschränkungen des natürlichen Geschlechtstriebes; es giebt kein Recht der Disposition des Vaters über seine Kinder, sondern nur rechtliche Beschränkungen derselben. Freilich kann man sich denken, daß das Recht, indem es die natürliche Freiheit einschränkt, diese in einem gewissen Maße bestehen läßt und anerkennt, und dann sagen, der Mensch sei zu dem, was ihm an Freiheit geblieben ist, berechtigt. Diese Vorstellung finden wir bei den römischen Juristen, welche den Compler solcher sogenannten Rechtssätze unter dem Namen jus naturae zusammenfassen. Allein diese Vorstellung paßt nur für despotisch regierte Völker, wo der Einzelne an sich für vollkommen unfrei gilt und alle Freiheit, welche ihm gelassen wird, von der Gnade des Despoten abhängt, also im positiven Recht beruht. Bei uns giebt es kein Naturrecht, von dem man sagen könnte: natura omnia animalia docuit, sondern eine natürliche Freiheit, welche durch den Willen des Staats — freilich stellenweise bedeutend — beschränkt ist. Wie der Ausdruck „Naturrecht“ bei uns ein Widerspruch in sich ist, so ist der Ausdruck „positives Recht“ ein Pleonasmus, weil es kein Recht giebt, das nicht positiv wäre.

Digitized by Google

§. 5.

Nach dem Gesagten zerfallen alle Rechtssätze nothwendig in soviel Classen, als die menschliche Natur Neigungen hat, zum Thun und zum Unterlassen. Worin die letzteren bestehen, lehrt die Naturwissenschaft, d. h. hier die Psychologie.

§. 6.

Die gesammten Functionen der Seele zerfallen in drei große Gruppen: den Verstand, das Gemüth und die thierischen Triebe. Ebenso muß daher das gesammte Recht in drei große Gruppen von Rechtssätzen zerfallen: die Beschränkungen der natürlichen Freiheit des Verstandes, des Gefühls und der thierischen Triebe.

§. 7.

I. Der Verstand wird thätig durch Lernen, Denken (das heißt: Vergleichen und Schließen) und Mittheilung der Gedanken. Die Denkfreiheit kann durch positive Satzungen nicht beschränkt werden[42]), wohl aber das Lernen und die Mittheilung der Gedanken. Hierher gehören in einzelnen Staaten die auf Volksverdummung berechneten Verordnungen, die Einschränkung der Lehr- und Preßfreiheit.

Wer ein schwaches Auffassungsvermögen hat, hat keine Lust zum Lernen; es können ferner in dem Menschen die thierischen Neigungen in einem so starken Grade entwickelt sein und so prädominiren, daß sie den Menschen vollständig in Anspruch nehmen und eine Abneigung gegen das Lernen erzeugen. Wir können dies täglich an Kindern bemerken, besonders an Knaben,

---

[42]) Daher das Sprichwort: — Gedanken sind zollfrei.

Digitized by Google

welche eben in die Periode der sich entwickelnden Pubertät eintreten, ja noch an der studirenden Jugend auf den Universitäten. Solche Menschen haben die Neigung, lieber etwas Anderes zu thun, als zu lernen. Auch diese ihre natürliche Freiheit kann beschränkt werden durch positive Satzung. Hierher gehören die Verordnungen betreffend den Schulzwang und den Zwang zum Collegien-Besuch.

§. 8.

II. Das Gefühl[43]) kann das Motiv zu Handlungen werden und ist insofern einer Beschränkung durch das Recht fähig. Es kann z. B. das jedem Menschen, wenn auch Manchem nur in einem schwachen Grade, angeborene Wohlwollen das Motiv zu Schenkungen und Vermächtnissen sein und das Recht kann beide in einem gewissen Grade beschränken. Das römische Recht hat mehrfache Beschränkungen dieser Art.

Eine Gefühlsseite im Menschen kann schwach entwickelt sein und dadurch der Grund zur Unterlassung einer Handlung werden, das positive Recht dagegen zur Vornahme dieser Handlung zwingen. Der Kalte und Theilnahmlose weist den Armen zurück; das positive Recht nöthigt ihn zu Armenbeiträgen.

§. 9.

III. Ebenso ist es mit den thierischen Neigungen (Trieben, Leidenschaften). So weit sie stark entwickelt sind, werden sie den Menschen zur Thätigkeit drängen: das positive Recht kann hier in einem gewissen Grade zur Unthätigkeit zwingen, z. B.

---

[43]) Man faßt die ganze Gefühlsseite im menschlichen Seelenleben, d. h. sämmtliche Gefühlsorgane, in dem Ausdruck „Gemüth" zusammen.

Digitized by Google

zur Unterlassung des Beischlafs, der Völlerei, des übermäßigen Zutrinkens, des Zweikampfes, der Selbsthilfe gegen erlittenes Unrecht u. s. w. Soweit sie schwach entwickelt sind, werden sie den Menschen unthätig lassen. Das positive Recht kann hier zur Thätigkeit zwingen, z. B. den Ehemann zum Beischlaf, den Vater zur Sorge für sein Kind, den Bürger zur Vaterlandsvertheidigung; es kann den Menschen nöthigen zur Verschwiegenheit, zur Reaction gegen erlittene Beleidigungen, ja zum Essen und Trinken [44]).

§. 10.

Das Recht, welches lediglich des öffentlichen Wohles wegen besteht, beruht von Anfang an auf Reflexion; es bezweckt die Herrschaft des Verstandes über die menschlichen Leidenschaften und Gefühle, d. h. es will die natürliche Freiheit zur vernünftigen [45]) Freiheit machen. Es verhält sich mit den Satzungen des positiven Rechts im Staate, wie mit den Normen, welche ein einzelner Mensch sich selbst vorschreibt.

---

[44]) Z. B. gegen den, welcher die entschiedene Absicht an den Tag gelegt hat, sich durch Entziehung der Nahrungsmittel zu entleiben.

[45]) Verstand und Vernunft bezeichnen an sich dasselbe. Aber man nennt den Verstand Vernunft, wenn er als Regulator des menschlichen Gemüths und der Triebe auftritt. So spricht man denn auch von einem vernünftigen und unvernünftigen Wohlwollen, einem vernünftigen und unvernünftigen Selbstgefühl, einer vernünftigen und unvernünftigen Kindesliebe u. s. w. Insofern im Thiere eine solche Regulirung seiner Gefühle oder seiner Triebe nicht stattfindet, nennt man es eben ein unvernünftiges Wesen. Weil alles Recht auf Reflexion beruht, kann es in der Thierwelt kein Recht geben; es existirt also auch aus diesem Grunde kein jus, quod natura omnia animalia docuit. Die Beschränkung des einzelnen Individuums, welche wir in einem Bienenkorbe und in einem Ameisenhaufen erblicken, beruht nicht auf Reflexion. Es ist als erwiesen zu betrachten, daß die wunderbare Ordnung, welche wir hier bemerken, auf einem bloßen Drange der Natur beruht, den wir Instinct zu nennen pflegen.

Digitized by Google

Auch der einzelne Mensch ist ein Organismus, wie eine Staatsgesellschaft; ja! alle Staatsgesellschaften sind Nichts als Nachbildungen des menschlichen Organismus. Auch sein Glück erfordert, daß er durch Autonomie im eigentlichen Sinne des Worts seine natürliche Freiheit beschränkt und zur vernünftigen Freiheit macht; auch hier ist jeder autonomische Satz das Product der Reflexion.

§. 11.

Das Gebiet des Rechts ist nur das der Leidenschaften und der Gefühle; nur der Despotismus strebt nach einer Einengung des Verstandes.

§. 12.

Ein Rechtssatz enthält den Willen der Gesellschaft im Gegensatz zum Einzelwillen. Der Wille des Staats kann ausdrücklich erklärt und als Norm gesetzt sein. Solche Rechtsvorschriften heißen Gesetze; nur die Requisite eines giltigen Gesetzes können je nach der verschiedenen Verfassung in den einzelnen Staaten verschieden sein. Der Wille des Staats kann aber auch stillschweigend erklärt werden und ist dann nur an dem gleichmäßigen Verhalten der Gesellschaft unter denselben factischen Verhältnissen erkennbar. Hoc jus, sagt Paulus, in tantum comprobatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere [46]). Ein solcher Rechtssatz, den sich das Volk stillschweigend setzt und fortwährend befolgt, ist von den Juristen Gewohnheitsrecht genannt worden [47]). Sehr unpassend:

---

[46]) L. 36. D. d. legg. (1. 3.)

[47]) Die Veranlassung dazu ist durch den römischen Ausdruck consuetudo und die Identificirung dieses Begriffs mit dem, was wir „Gewohnheit" nennen, entstanden. Siehe unten Note 51. Die Römer bezeichneten die

Digitized by Google

denn die auf dem stillschweigenden Willen des Volks beruhenden Rechtssätze sind weder aus einer Gewohnheit hervorgegangen, noch fällt das gleichmäßige Verhalten, worin sich der Rechtssatz manifestirt, unter den Begriff der Gewohnheit. Alles Recht beruht auf Reflexion und kein positiver Rechtssatz kann durch Gewohnheit entstehen; andererseits kann nicht jedes gleichmäßige Verhalten mit dem Ausdruck „Gewohnheit" bezeichnet werden.

§. 13.

Weil alles Recht auf Reflexion beruht und einen für die Gesellschaft nützlichen Zweck erreichen soll, so herrscht nothwendig rücksichtlich des Gesetzes in dem Gesetzgeber und rücksichtlich der Normen, die das Volk stillschweigend sich setzt [48]), im Volke das Bewußtsein der Nothwendigkeit oder, besser ausgedrückt, die Ueberzeugung der Zweckmäßigkeit.

§. 14.

Das Recht überschreitet seine Grenzen, wenn es die individuelle Freiheit weiter beschränkt, als das öffentliche Wohl dies

---

stillschweigende Uebereinkunft im Volke als eine species der consuetudo; so Hermogenian: — quae longa consuetudine comprobata sunt — — veluti tacita civium conventio. Dies ist bei unserem engeren Begriff „Gewohnheit" nicht möglich.

[48]) Vgl. cit. l. 36. D. d. legg. (1. 3.): Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id conprehendere. In diesen Worten sagt also Paulus ausdrücklich, daß auch das auf longa consuetudo basirte Recht auf Reflexion beruht, — daß die Zweckmäßigkeit, welche durch solche Rechtssätze erreicht werden soll, so evident vorliegt, daß man es für inept halten würde, dieserhalb ein specielles Gesetz zu erlassen. Es leuchtet von selbst ein, daß hier — wie bei jeder Reflexion — ein Irrthum obwalten kann. Non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, sagen die Römer. L. 39. eod.

Digitized by Google

verlangt: — es wird ein unvernünftiges Recht und die Unvernunft erreicht den höchsten Grad, wenn der positive Rechtssatz ein Naturgesetz vollständig zu beseitigen strebt. Anstatt das Glück der Gesellschaft zu fördern, wird es zur Volksquälerei. Die stillschweigenden Satzungen des Volks, welche man unter dem Ausdruck Gewohnheitsrecht zusammengefaßt hat, werden nie solche Unvernunft enthalten [49]); denn das Volk ist stets geneigt, sich die natürliche Freiheit möglichst zu conserviren und legt sich eine Beschränkung nur dann auf, wenn dies absolut nothwendig ist. Wohl aber kann dies geschehen auf dem Gebiete der Gesetzgebung und beruht dann auf Irrthum oder Willkühr des Gesetzgebers. Eine eigenthümliche Quelle unvernünftiger Gesetze liegt in dem Bestreben mancher Legislatoren, Moralprincipien, welche an sich richtig sind, ohne Rücksicht auf die vorhandenen Zustände des Volks zu Rechts-Grundsätzen zu machen [50]). Dergleichen Ordonnanzen haben sofort eine heftige Reaction des Naturgesetzes zur Folge. Sie wirken auf den Staatskörper, wie ein Brechmittel. Es wird dem Einzelnen unmöglich, dem Drange der Natur zu widerstehen; das Gesetz wird nicht befolgt; die Volksquälerei dauert längere oder kürzere Zeit und das Gesetz wird in aller Friedlichkeit vergessen oder die Natur fordert durch eine gewaltsame Explosion ihre Rechte. „Naturam furca expellas, tamen usque recurret."

§. 15.

Jede durch fortgesetzte Uebung bis zu einem so hohen Grade gesteigerte Geisteskraft, daß der Mensch sich ohne allen äußeren

---

[49]) Vgl. cit. l. 36.

[50]) Es ist nicht zu billigen, in Staaten, wo die einmal bestehende gesellschaftliche Ordnung für viele Menschen die Ehe erschwert oder unmöglich macht, harte Strafen auf das Stuprum zu setzen.

Digitized by Google

Reiz fortwährend gedrungen fühlt, diese Kraft anzuwenden, heißt Gewohnheit [51]). So können thierische Triebe zur Gewohnheit werden. Es ist eine bekannte und unbezweifelte Thatsache, daß der fortgesetzte Geschlechtsumgang die Geschlechtslust steigert. Der Beischlaf wird daher den Ehegatten zur Gewohnheit. Der wildeste Junggeselle ist in Bezug auf Geschlechtsumgang mäßiger, als der solideste Ehemann. Nicht weniger ausgemacht ist es, daß die Liebe zur Jugend [52]), die Neigung zum Essen, die Streitlust, der Erwerbstrieb, heimliches Wesen, durch fortgesetzte Uebung gesteigert und zur Gewohnheit wird. Ja, die Geschichte hat eine ganze Reihe von Menschen aufzuweisen, denen die Grausamkeit zum Bedürfniß geworden war [53]). Grausame Naturen, denen das Schicksal die physische Macht versagt hat, ihrer Gewohnheit nachzugehen, bedienen sich anderer Waffen, um ihren Mitmenschen Schmerz zu bereiten. Eine solche Waffe ist namentlich die Satire oder richtiger der Witz; denn die Satire ist der zerstörende Witz. Der gemeine Sprachgebrauch hat für solche Gewohnheitsmenschen sehr natürlich besondere Ausdrücke, z. B. Kindernarren, Vielfraße, Raufbolde (für Wortgefechte: Stänker), Geizhälse, Tyrannen, in specie Haus-Tyrannen u. a. m. Die thierischen Triebe, zur Gewohnheit geworden, erzeugen, weil sie die Harmonie des Seelen-

---

[51]) Der römische Ausdruck consuetudo ist weiter. Dieser bezeichnet auch, was Jemand unter bestimmten Voraussetzungen nach reiflicher Erwägung zu thun pflegt, also das Handeln nach einem auf Reflexion beruhendem Princip; vgl. z. B. L. 50. D. d. legat. I.: „ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo exquirenda est.“ Dies nennen wir keine „Gewohnheit“.

[52]) Wie vielen Studenten-Wirthen hat diese Gewohnheit ihr Vermögen gekostet!

[53]) Diese Gewohnheit äußert sich an, sonst gebildeten, Menschen in einer überall hervortretenden Schadenfreude.

Digitized by Google

lebens stören, weil sie den Menschen mit sich und seinen Mitmenschen in böse Conflicte bringen, ein wirkliches Leiden für ihn, und hat man sie daher passend „Leidenschaften" genannt.

§. 16.

Aber nicht bloß die thierischen Triebe, sondern auch die Gefühle — in ihren mannigfachen Richtungen, können dadurch zur Gewohnheit werden, daß man sich ihnen fortwährend überläßt. So steigert sich das Wohlwollen durch fortgesetzte Uebung zur narrenhaften Gutmüthigkeit, der religiöse Sinn fortwährend cultivirt, wird allmählig zum Pietismus [54]) und erreicht endlich im Fanatismus den höchsten Grad, das Gefühl der Verehrung, d. h. der Abhängigkeit, wächst bis zur Demüthigkeit oder Speichelleckerei; wer fortwährend seine einmal gefaßten Entschlüsse durchzusetzen bemüht ist, wird zum gewohnheitsmäßigen Starrkopf; wer fortwährend nach dem Beifall der Menschen hascht, wird zum Gecken; das unabläßig gepflegte Selbstgefühl steigert sich zum Hochmuth, zur Herrschsucht und Rücksichtslosigkeit gegen seine Mitmenschen; die Vorsicht, durch fortgesetzte Uebung zur Gewohnheit geworden, macht den Sicherheitsmenschen, welcher in unabläßiger Sorge lebt, im Floh stets einen Elephanten sieht und niemals wagt, während der leichte Sinn, ungezügelt, zum wirklichen Leichtsinn wird und zuletzt in Tollkühnheit ausartet. Auch die Gewissenhaftigkeit kann im Menschen dadurch, daß er alle seine Handlungen strenge beur-

---

[54]) Der Pietismus beruht, wenn er nicht angeboren ist, auf reiner Angewöhnung. Es ist daher in Staaten, welche die pietistische Richtung grundsätzlich befördern, eine sehr zweckdienliche Maßregel, wenn sie durch directe und indirecte Mittel zum öffentlichen Gottesdienst zwingen. Wie unendlich viele Menschen gehen aus bloßer Gewohnheit zur Kirche!

Digitized by Google

theilt, einen hohen Grad erreichen und zur Gewohnheit werden. Man nennt solche Menschen „peinlich — scrupulös" und man hört nicht selten die Redensart: „Der Mann ist zu ehrlich." Diese Unglücklichen [55]) werden ihr ganzes Leben hindurch unablässig von Gewissensbissen gequält; denn Nichts von dem, was sie thun, und Nichts von dem, was sie unterlassen, besteht zu Recht vor der Strenge ihres innern Richters. Daß das Gefühl für das Wunderbare durch unausgesetzte Cultur allmählig zum gewohnheitsmäßigen Aberglauben wird, hat Niemand besser gewußt, als die Priester, insonderheit die katholischen. Niemand bezweifelt, daß das Gefühl für das Schöne durch Uebung im hohen Maße gestärkt und guter Geschmack zur Gewohnheit werden kann. Ebenso ist es mit dem Gefühl für das Lächerliche; wer diesem Gefühl unablässig nachgeht, es fortwährend nährt, der wird allmählig ein gewohnheitsmäßiger Possenreißer, er liebt den Scherz über Alles, sucht ihn überall und treibt ihn überall, selbst bei den unpassendsten Gelegenheiten.

§. 17.

Auf dem Gebiete des Verstandes finden wir dieselbe Erscheinung. Es ist eine unbestreitbare Thatsache, daß die Denkkräfte durch fortgesetzte Uebung gestärkt und das Denken allmählig zur Gewohnheit werden kann. Solchem Grübler begegnet man ziemlich häufig; man nennt ihn einen Philosophen im engern Sinn. Weil er Nichts mehr fürchtet als Störungen, so ist er Einsiedler. Er flieht die Menschen, ohne sie zu hassen

---

[55]) Das sind sie nämlich, weil sie übersehen, daß die Menschen allzumal Sünder sind und Keiner vollkommen gerecht vor sich selbst sein kann. Es ist eine sehr schwierige Aufgabe, sich in der Gewissenhaftigkeit das richtige und vernünftige Maß anzueignen und eine höchst gefährliche Operation, sie zu beschneiden, weil leicht eine Wunde entsteht, welche brandig wird.

Digitized by Google

und „lernt im stillen Busch den Bruder kennen", weil er stumm ist und höchstens flüstert. Ein solcher Philosoph hat den größten Abscheu vor dem, was man „hochgeehrtes Publicum" nennt; er liebt nicht die „unbekannte Menge", bei deren Anblick ihm der Geist entflieht; er haßt mechanische Arbeiten und ist, weil er nicht der Unterhaltung, d. h. den Gedanken Anderer, sondern seinen eigenen Gedanken folgen mag, unbrauchbar fürs gesellige Leben.

§. 18.

Jede Gewohnheit bringt den Menschen in einen Zustand der Knechtschaft, und man sagt daher sehr passend: Jemand fröhne seinen Leidenschaften, d. h. seinen Gewohnheiten. Sich aus dieser Sclaverei zu befreien, ist die schwere, aber lohnende, Aufgabe der Selbsterkenntniß und der Selbsterziehung. Die Freiheit von ihr ist moralische Freiheit. Sie besteht in der vollsten und reinsten Harmonie des Seelenlebens: in ihr liegt der Höhepunct menschlicher Glückseligkeit.

§. 19.

Die Gewohnheit erzeugt nicht bloß ein Leiden für das Individuum, welches von ihr beherrscht wird, sondern wird vielfach auch der Gesellschaft nachtheilig. Soweit dies der Fall ist, ist es die Aufgabe der Gesellschaft, d. h. des positiven Rechts, sie im Wege des Zwanges einzuschränken; aber nur soweit. Denn da die Gewohnheit für den Einzelnen zur zweiten Natur wird, — da sie Nichts weiter ist, als ein zur höchsten Potenz gesteigerter Drang eines Naturgesetzes, so gehört es wesentlich zum Glück des Einzelnen, der nicht die Kraft hat, sich frei zu machen (und diese Schwäche findet sich bei den Meisten), — daß er seiner Gewohnheit fröhnt.

Digitized by Google

Das positive Recht, dessen Aufgabe das Glück der Gesellschaft ist, würde also mit sich selbst in Widerspruch kommen, wenn es die Individuen zwingen würde, Gewohnheiten zu entsagen, welche für das Gemeinwesen unschädlich sind [56]), insbesondere dann, wenn es sich um Gewohnheiten handelt, welche bereits zum Characterzug ganzer Classen von Personen, d. h. Ständen, oder gar zum National-Character geworden sind. Solche Gewohnheiten müssen vom positiven Rechte respektirt werden; denn ihre Einschränkung fügt dem Einzelnen einen Schmerz zu, während sie dem Ganzen Nichts nützt. Dieser legislative Grundsatz ist es, den der Kaiser Constantin in dem viel besprochenen und stets mißverstandenen Rescripte aussprechen will: — Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est [57]).

§. 20.

Der gemeinsame Characterzug des Adels, welcher seine Mitglieder zu einem besondern Stande [58]) macht, beruht lediglich in einem bis zum hohen Grade gesteigerten Selbstgefühl, welches theils durch das Bewußtsein seines Einflusses, theils durch Erziehung hervorgerufen und genährt wird. Die Aufhebung des Adels (nicht seiner Privilegien) durch ein Gesetz ist unmöglich. Man nehme dem Adel die eine Basis, worauf jenes Selbstgefühl ruht, man entziehe ihm seine politische Bedeutung und raube ihm seine Güter, wie dies in Frankreich geschehen ist: — die andere Basis, welche die Erziehung bildet, bleibt unerschütterlich. Und gerade dieser Stolz, welcher nach gebrochener

---

[56]) Wir erwähnen hier das Verbot des Tabackrauchens.

[57]) L. 2. C. Quae sit longa consuetudo. (8. 53.)

[58]) d. h. äußerlich (in ihrem Verhalten) erkennbaren Classe von Menschen.

Digitized by Google

Macht, nach verlorenem Reichthum übrig bleibt, flößt eine merkwürdige Achtung ein. W. Scott erzählt von einem solchen Mitgliede des alten französischen Adels und sagt von dieser Bekanntschaft: „Es war ein homme, comme il faut, eines jener wenigen schönen Exemplare des alten Adels, die man noch immer in Frankreich findet, welche wie die verstümmelten Bildsäulen eines veralteten und längst verschwundenen Gottesdienstes doch noch immer eine gewisse Ehrfurcht und Achtung selbst denen abnöthigen, die sonst weder das eine noch das andere freiwillig zu zollen pflegen."

§. 21.

Es ist eine wunderbare Naturerscheinung, daß der Mensch, wie das Thier, durch fortgesetzte Beziehung zu Personen, Sachen, Verhältnissen und Zuständen, eine Zuneigung zu ihnen bekommt, und daß diese Zuneigung wächst, je länger die Beziehung dauert. Man nennt auch diesen Trieb, solche Beziehungen zu conserviren, Gewohnheit und die attractive Gewalt, die sie auf den Menschen ausübt, — die Macht der Gewohnheit. Auf diesem Naturgesetze beruhen die Erscheinungen, welche wir Anhänglichkeit, Freundschaft, Geselligkeit, Patriotismus, Conservatismus nennen. Auch bestehende Rechtssätze kann man durch Gewohnheit lieb gewinnen; es kann dem Menschen dringendes Bedürfniß sein, daß ein bestimmtes factisches Verhältniß stets in altherkömmlicher Weise normirt wird. Z. B., daß die Mutter mit den Kindern zu gleichen Theilen erbt, daß der älteste Sohn die Kleider des verstorbenen Vaters, die älteste Tochter die Kleider der verstorbenen Mutter erbt, daß mit der Ehe eine Gemeinschaft der Güter unter Ehegatten eintritt, daß bei Successionen der Mannesstamm einen Vorzug vor den Weibern hat, daß bei Beerbungen die Cognaten zurückgesetzt

Digitized by Google

werden, daß Erbverträge verbindlich sind, daß ein simples Versprechen ohne alle Form klagbar ist, daß das freiwillig anvertraute Eigenthum nicht aus der dritten Hand vindicirt werden kann. Gewohnheit kann, wie wir oben bemerkten, nie Rechtssätze schaffen, aber sie kann vorhandene Rechtssätze, welche sonst untergegangen sein würden, conserviren. Die Römer sagen daher von solchen Rechtssätzen sehr treffend: obtinentur und retinentur [59]). Die ursprünglich auf Reflexion beruhende opinio necessitatis ist verschwunden und nur ein durch die lange Gewöhnung entstandener, unbewußter Drang übrig geblieben, den Rechtssatz zu erhalten. Der Complex solcher Rechtssätze, welche durch stillschweigenden Volkswillen entstanden und ursprünglich auf Zweckmäßigkeit beruhten, welche lange Zeit befolgt und dadurch dem Volke lieb geworden sind, bilden das Gewohnheitsrecht. So haben sich eine Menge altdeutscher Rechtssätze erhalten; sie gelten noch heut zu Tage, obgleich Niemand von ihrer ratio Rechenschaft geben kann, und manche von ihnen gelten, obgleich sie für die Verhältnisse und Ansichten unserer Zeit entschieden unvernünftig sind.

§. 22.

Mit dem Begriff der Gewohnheit ist nicht zu verwechseln das Gefühl der Verehrung für das Alte, die jedem Menschen mehr oder weniger innewohnende Pietät gegen Einrichtungen, Sitten, Gebräuche, Denkmäler und Rechtssätze der Vorfahren. Auch dieses Gefühl trägt dazu bei, alte Rechtssätze zu conserviren und dies ist der Grund, weshalb die Römer die Begriffe: consuetudo und mores majorum mit einander vermengen.

---

[59]) Cicero Orat. partit. 37.

Digitized by Google

§. 23.

Wie durch fortgesetzte Uebung ein Trieb, ein Gefühl, eine Verstandeskraft im Menschen gesteigert werden kann, so ist durch das entgegengesetzte Verfahren eine Schwächung möglich. Hierin liegt der Begriff des Abgewöhnens. Die Zähmung der Thiere ist Abgewöhnung; ebenso die Erziehung des Menschen; denn Erziehung ist im Wesentlichen Nichts weiter als Zähmung. Despoten pflegen die Zähmung ihrer Völker mit dem schönen Ausdruck „Cultur" zu bezeichnen. Die Anhänglichkeit an Personen, Sachen, Verhältnissen, Zuständen und Rechtssätzen — von der eben die Rede gewesen ist, geht durch Abgewöhnung allmählig unter. Die Freundschaft erlischt durch lange Trennung, die Liebe zur Heimath und zum Vaterlande verschwindet allmählig durch lange Abwesenheit; auch die Anhänglichkeit am einheimischen Rechte hört nach und nach auf, wenn das Volk Jahrhunderte lang genöthigt wird, nach fremden Rechtssätzen zu leben. So russificirt man in Polen; so danisirt man in Holstein, so gallificirt man in Lothringen und Elsaß, so germanisirt man in der Lombardei und Venedig. Die Reception des römischen Rechts in Deutschland — welche man sich als eine continuirliche, noch jetzt fortdauernde Art denken muß — ist in vielen Puncten Nichts weiter als ein großer Abgewöhnungsproceß. Dieses Romanisirungsgeschäft in Deutschland besorgen heut zu Tage diejenigen Professoren, welche man Romanisten nennt, — welche uns die sogenannte historische Schule als das einzig Wahre predigen und uns überreden wollen, daß jeder in irgend einem Winkel des Corpus juris aufgefundene Ausspruch eines alten römischen Juristen Marcipan sei und Gesetzeskraft für uns habe.

Digitized by Google

§. 24.

Die Lehre vom Gewohnheitsrecht ist verwirrt, weil man Worte für Begriffe gebraucht, für die sie nicht passen, weil die Gelehrten mit demselben Worte verschiedene Begriffe verbinden.

Man behauptet, alles Gewohnheitsrecht beruhe auf Volksüberzeugung, d. h. auf Reflexion. Dies ist unwahr; bei Weitem die größte Masse derjenigen Rechtssätze, welche man zum Gewohnheitsrechte zählt, beruht nicht auf Reflexion, nicht auf Ueberzeugung; sie beruhen auf Volkswillen, aber dieser Wille ist der Ausdruck einer bloßen durch Gewohnheit hervorgerufenen Anhänglichkeit an dem Rechtssatz. Es giebt Verhältnisse, bei denen es vollkommen gleichgültig ist, wie sie normirt sind, — wenn sie nur überhaupt normirt sind. Hier kann, wenn eine Regel sich bildet, von einer Volksüberzeugung, daß das Verhältniß so normirt werden müsse, gar nicht die Rede sein. Hierher gehören die herkömmlichen rechtlichen Formen, Zeit- und Zahlenverhältnisse, auch die reine processualische Praxis.

Es haben ferner Gelehrte das gleichmäßige Verhalten, worin sich stillschweigend der Volkswille ausspricht, — Gewohnheit genannt, während andere den Ausdruck im richtigen Sinne genommen haben. Eine Folge davon ist gewesen, daß diese behaupten, das Gewohnheitsrecht entstehe durch Gewohnheit, während jene behaupten, es finde in der Gewohnheit nur seinen Ausdruck.

§. 25.

Man muß unterscheiden:

I. Natur, und

II. Recht, d. h. den die Natur beschränkenden Willen des Staats. Dieser ist entweder:

Digitized by Google

1) ein in bestimmter Form ausdrücklich erklärter Wille: — Gesetz; oder

2) ein stillschweigend erklärter. Um diesen zu erkennen, müssen, gerade wie bei Rechtsgeschäften, concludente Thatsachen vorliegen. Wann die Thatsachen concludent sind, d. h. einen sichern Schluß zulassen, ist durch die Theorie nicht näher zu bestimmen: — alle dahin gehörigen Expositionen der Lehrbücher sind ebenso nutzloses, als leeres Geschwätz. Es kann die jedem positiven Rechtssatze unterliegende opinio necessitatis hier:

a) auf Reflexion des Verstandes beruhen, sodaß die Gesellschaft eine lebendige Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit der Rechtsnorm hat[60]). Wie bei jeder Reflexion kann hier natürlich ein Irrthum obwalten. Mit dem allgemeinen Erkennen des Irrthums verschwindet nothwendig der Rechtssatz, weil der Grund seiner bindenden Kraft aufhört. Daher sagen die Römer: Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet[61]). Ob das Volk den fraglichen Irrthum erkannt hat und folglich der Rechtssatz untergegangen sei, ist wiederum nur aus concludenten Thatsachen zu entnehmen.

b) sie kann auf einem unbewußten Drange der Natur, also entweder auf einem thierischen Triebe oder einem lebendigen Gefühl beruhen. Dies ist nur in der Art möglich, daß die ursprüngliche Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit im Volke verloren gegangen, daß man aber durch lange Gewohnheit (longa consuetudo, usus longaevus) den Satz lieb gewonnen hat. Nur solche Rechtssätze kann man passend Gewohnheitsrecht nennen. Das Gewohnheitsrecht ist also nicht der gerade

[60]) Vgl. oben §. 13. l. 36. D. d. legg. (1. 3.)

[61]) cit. l. 39. D. d. legg. (1. 3.)

Digitized by Google

Gegensatz zum Gesetzesrecht, sondern eine Unterart der auf unmittelbarem Volkswillen beruhenden Rechtssätze. Die römischen Juristen unterscheiden daher sehr richtig bei dem jus non scriptum: 1) ea, quae conventis et quasi consensu obtinentur, und 2) ea, quae consuetudine obtinentur. Diese Distinction entspricht ganz unserer eben gemachten Distinction ad a und b. Die heutigen Juristen machen diese Unterscheidung nicht und rufen dadurch diejenige Begriffsverwirrung hervor, welche die Römer beseitigen wollten. Ob ein Rechtssatz, über dessen Zweckmäßigkeit man sich keine Rechenschaft mehr geben kann, dem Volke durch lange Gewohnheit so lieb geworden ist, daß eine Abschaffung desselben ein schmerzhafter Schnitt in die Behaglichkeit des Volks sein würde, ist wiederum aus concludenten Thatsachen zu schließen; theoretische Anweisungen lassen sich hier nicht weiter geben [62]).

§. 26.

Das römische Recht gilt in Deutschland, so sagt man, als Gewohnheitsrecht. Das heißt also: die einzelnen Rechtssätze des Corpus juris glossatum seien ein Ausdruck des deutschen Volkswillens. Dieser Wille müßte dann beruhen entweder auf Reflexion oder auf Anhänglichkeit, welche durch Gewöhnen entstanden wäre. Allein dies ist unrichtig. Das deutsche Volk kennt das Corpus juris gar nicht in seinen Einzelheiten; es können also nicht sämmtliche Sätze des Corpus

---

[62]) Es ist ebenso unzutreffend, wenn die Theorie die sogenannten Merkmale eines Gewohnheitsrechts aufzählt, als wenn sie es unternehmen wollte, alle Merkmale aufzuführen, woran man den stillschweigenden Abschluß eines Contracts erkennen könne. Es geht mit diesen Merkmalen, wie mit den Interpretationsregeln: — sie können den Juristen nur gegen die ärgsten Mißgriffe sichern.

Digitized by Google

juris als Ausdruck des Volkswillens gelten. Soweit ferner dem deutschen Volke das Corpus juris bekannt ist, kann man keineswegs durchweg sagen, daß es von den einzelnen Rechtssätzen die Ueberzeugung hätte, daß sie gelten müßten und ebensowenig, daß es durch allmählige Gewohnheit diese Sätze so lieb gewonnen hätte, daß es nicht mehr davon lassen könnte. Nur ein Theil des römischen Rechts, nämlich das Verkehrsrecht, ist als Ausdruck des deutschen Volkswillens zu betrachten; aber auch nur soweit, als die Rechtssätze ein nothwendiges Product der factischen Verhältnisse des Verkehrs bilden. Die theoretischen Rechtsgelehrten versuchen, durch ein doppeltes Manöver sich aus diesem Dilemma zu ziehen. Sie behaupten, der Wille des deutschen Volks komme gar nicht in Betracht, sie, die gelehrten Juristen, seien die Träger des deutschen Volkswillens in Bezug auf die Frage, wie seine Verhältnisse rechtlich normirt seien. Nur auf ihren Willen, nur auf ihre Reflexion, nur auf ihre Gewohnheit komme es an. Dies ist eine außerordentliche Anmaßung. Wer hat denn die Herren zu Repräsentanten des Volks gemacht? Dies wäre überdies im höchsten Grade gefährlich für das deutsche Volk. Denn eine große Menge deutscher Juristen ist dermaßen mit den factischen Verhältnissen des Lebens, aus denen allein der sogenannte Geist des Rechts entnommen werden kann, unbekannt, daß ihnen die nothwendigsten Eigenschaften abgehen, um als Repräsentanten des Volks in rechtlichen Dingen gelten zu können. Die andere Hinterpforte ist der Satz: „das römische Recht sei in complexu recipirt." Hier kann man wirklich sagen, — wo die Begriffe fehlen, stellt zur rechten Zeit ein Wort sich ein. Jener Satz wird fortwährend gelehrt und gedankenlos gläubig hingenommen und ist Nichts weiter als eine, nicht nur leere, sondern geradezu widersinnige Phrase. Man

Digitized by Google

kann wohl eine Pastete in complexu recipiren, und hat dann natürlich alles Einzelne recipirt, was darin enthalten ist. Wie dies aber mit einem Corpus juris möglich wäre, wie es denkbar wäre, daß ein großer Compler von Rechtssätzen in das Bewußtsein eines Volks übergehen könne, ohne daß das Volk sich der einzelnen Rechtssätze bewußt wäre, ist nicht einzusehen. Nur eine Möglichkeit einer Reception vieler Rechtssätze in complexu giebt es: — wenn man ein Princip recipirt hat, so hat man alle einzelnen Rechtssätze recipirt, welche darin stecken und daraus durch Schlußfolgerung entwickelt werden können, ohne daß es nöthig wäre, sich aller Consequenzen bewußt zu werden. Daß aber die Sätze des Corpus juris auf ein Princip zurückgeführt seien, und das deutsche Volk dies recipirt habe, wird nicht behauptet und läßt sich nicht behaupten. Will man im Betreff des römischen Rechts von einer Gewohnheit des Volks reden, so ist dies nur in folgender Weise möglich. Das römische Recht ist in Deutschland allmählig bekannt und in der Praxis angewandt worden; abgesehen von dem Verkehr, wo dasselbe ein dringendes practisches Bedürfniß befriedigte, hat man wiederholt gegen dasselbe protestirt, wie hinlänglich bekannt ist, bis man sich endlich, da es unmöglich war, gegen den Strom zu schwimmen, dabei beruhigte, und insofern an die Idee gewöhnte, daß das römische Recht das gemeine deutsche Civilrecht sei. Aber deshalb kann man nicht sagen, daß das römische Recht als Gewohnheitsrecht in Deutschland gelte. Es ist wahr, der Grund seiner Geltung ist allein die Ueberzeugung des deutschen Volks; wieweit es aber gelte, ist für jeden einzelnen Rechtssatz besonders zu untersuchen. Dabei wird man aber kein anderes Kriterium als die Zweckmäßigkeit des Rechtssatzes haben. Liegt diese entschieden nicht vor, oder läßt sich gar die Unzweckmäßigkeit des-

Digitized by Google

selben klar nachweisen, so steht fest, daß der Rechtssatz nicht die Ueberzeugung des Volks für sich hat, daß er gelten müsse. Freilich könnte dennoch der Rechtssatz als Gewohnheitsrecht gelten, wenn die lange und constante Anwendung desselben in der Praxis durch Gewöhnung eine Anhänglichkeit an demselben im Volke erzeugt hätte, also die opinio necessitatis auf dem Gefühl des Volks beruhte. Diese Frage wird sich aber wohl schwerlich untersuchen lassen. Die Arbeit der Theorie wird sich daher bei der Frage, ob ein römischer Rechtssatz gelte, auf die Untersuchung zu beschränken haben: — ob der Satz ein practisches Bedürfniß befriedige oder nicht.

§. 27.

Ob die Volksüberzeugung, insbesondere die Gewohnheit, in einem Staate neben dem Gesetze als Rechtsquelle bestehe, und wie sich dann beide Rechtsquellen in ihrer Wirkung gegeneinander verhalten, namentlich ob das Gewohnheitsrecht einem bestehenden Gesetze derogiren könne? Diese Frage ist vom jedesmaligen Staatsrecht zu beantworten. Daß es die öffentliche Wohlfahrt wesentlich fördere, wenn beide Rechtsquellen gleichberechtigt neben einander bestehen, ist allgemein anerkannt und bedarf keines Nachweises.

Digitized by Google

Gedruckt bei E. Polz in Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

28 0.nd

This book should be returned to the Library on or before the last date stamped below.

A fine of five cents a day is incurred by retaining it beyond the specified time.

Please return promptly.

Digitized by Google

Econ 474.1.5
Nationalokonomisch-civilistische S
Widener Library 004552739
3 2044 081 871 204

Digitized by Google